J. rel. 1452-1

BIBLIOTHECA
REGIA
MONACENSIS.

Digitized by Google

E →

Digitized by Google

<36616026130011

<36616026130011

Bayer. Staatsbibliothek

Digitized by Google

Theoretiſch - practiſche

Erörterungen

aus den in

Liv-, Eſth- und Curland

geltenden Rechten.

Herausgegeben

von

D. F. G. v. Bunge und D. C. O. v. Madai,
Profeſſoren der Rechte an der Kaiſerlichen Univerſität Dorpat.

Erſter Band.

Dorpat und Leipzig.
(Bei F. Severin und bei C. F. Köhler in Commiſſion.)

1840.

Digitized by Google

J. rel. 1452

Der Druck iſt unter der Bedingung geſtattet, daß, nach Vollendung deſſelben die geſetzlich beſtimmte Anzahl von Exemplaren an die Cenſur-Comität abgeliefert werde.

Dorpat, den 7. Juni 1840.

Cenſor Fr. Erdmann.

BIBLIOTHECA
REGIA
MONACENSIS.

Dorpat.
Gedruckt in der Univerſitäts-Buchdruckerei bei
J. C. Schünmann's Wittwe.

Vorwort.

Indem der Unterzeichnete mit dieſem vierten Hefte den Schluß des erſten Bandes der von ihm und ſeinem Collegen, Herrn Prof. Dr. v. Bunge unternommenen Sammlung theoretiſch-practiſcher Erörterungen aus den in Liv-, Eſth- und Curland geltenden Rechten dem juriſtiſchen Publicum übergiebt, fühlt er ſich gedrungen in ſeinem und ſeines abweſenden Freundes und Mitherausgebers Namen den verehrten Juriſten unſerer Oſtſeeprovinzen den innigſten Dank abzuſtatten für die rege Theilnahme, die ſie bisher dem Unternehmen geſchenkt. Die Erwartungen der Herausgeber ſind in dieſer Beziehung in der That übertroffen worden, eine Erſcheinung die um ſo erfreulicher, je ſeltener ſie iſt. Denn es liegt in der Natur literariſcher Unternehmungen, wie die vorliegende, daß ſie, hervorgegangen aus einer Art wiſſenſchaftlichen Enthuſiasmus, ihre Urheber ſo leicht über die mancherlei zu beſiegenden Hinderniſſe und Schwierigkeiten täuſchen; indem namentlich nur zu oft irrthümlich die eigene Begeiſterung auch in Andern vor-

ausgeſetzt wird. Wenn nun eben hierin die Hoffnungen der Herausgeber nicht getäuſcht worden ſind, ſo liegt darin gewiß zugleich das ehrenvollſte Zeugniß für die wiſſenſchaftliche Empfänglichkeit der geehrten Herren Juriſten unſerer Provinzen. Zu ganz beſonderem öffentlichen Danke fühlen die Herausgeber ſich der hochverehrten Curländiſchen Ritterſchaft verpflichtet, die auf ihrem letzten Landtag beſchloſſen hat, durch Abnahme einer namhaften Anzahl von Exemplaren der Erörterungen dem literariſchen Unternehmen ſeinen Fortgang zu ſichern. Auch in Deutſchland hat daſſelbe bereits mehrfach rühmende Anerkennung und Theilnahme gefunden.[1]) So möge denn das unter günſtigen Auſpicien begonnene Werk zur Ehre der Wiſſenſchaft des vaterländiſchen Rechts gedeihen und reichliche Früchte tragen.

Dabei erlauben ſich die Herausgeber eine in der Ankündigung zum erſten Hefte an die geehrten Juriſten der Oſtſeeprovinzen erlaſſene Aufforderung hier zu wiederholen. Es iſt nämlich die daſelbſt ausgeſprochene Bitte um Mittheilung wiſſenſchaftlicher Beiträge auch bisher zwar nicht unerfüllt geblieben, wovon zum Theil ſelbſt die bereits erſchienenen Hefte Zeugniß geben, allein

1) Vgl. Richters kritiſche Jahrbücher für deutſche Rechtswiſſenſchaft. 4ter Jahrgang, Heft 1, S. 83 ff.; — Zeitſchrift für das deutſche Recht, herausgegeben von Reyſcher und Wilda.

gewiß iſt es wünſchenswerth, daß die Kräfte Vieler zu dem gemeinſamen Unternehmen ſich vereinigen, wäre es auch nur um eine, ſonſt leicht mögliche Einſeitigkeit in der Auffaſſungs- und Behandlungsweiſe von Rechtsverhältniſſen zu verhindern. Ein gemeinſames Zuſammenwirken erſcheint um ſo nothwendiger bei der großen Mannigfaltigkeit der neben einander beſtehenden und ineinander greifenden Rechtsquellen in unſern Oſtſeeprovinzen, deren jede eines beſonderen gründlichen Studiums bedarf. Endlich aber ſind, bei dem unleugbaren Einfluſſe, den die Praxis auf die Entwickelung des Rechtszuſtandes gewonnen, die Herren Practiker es vorzugsweiſe, die über ſo manche wichtige Rechtsfrage Aufſchluß zu geben vermögen. An dieſe ergeht demnach die beſondere Bitte, daß ſie aus ihrer reichen Erfahrung dem Publicum Mittheilungen machen, die ſich ja leicht an die Erörterung eines intereſſanten Rechtsfalles, wie deren bereits einige in den erſchienenen Heften ſich finden, anknüpfen laſſen. Arbeiten dieſer Art haben vor andern den unleugbaren Vorzug, daß der abſtracte Rechtsſatz größere Lebendigkeit und Anſchaulichkeit gewinnt, und ſie eben dadurch ungleich leichter ein allgemeineres Intereſſe erregen. Möge die hier ausgeſprochene Bitte auch ferner nicht ohne Erfolg bleiben.

Es iſt der Plan der Herausgeber dieſes Werkes, von Zeit zu Zeit, etwa am Ende jedes Bandes, auf

die vorzüglicheren neueren Erſcheinungen der juriſtiſchen Literatur aufmerkſam zu machen. Dies dürfte um ſo angemeſſener ſein, da bei der geringen Verbreitung von Literaturzeitungen in unſern Oſtſeeprovinzen, das Neue ſich leicht der Kunde des Einzelnen entzieht. Die Berichterſtattung über die vorzüglicheren neueren Leiſtungen in dem Gebiete des deutſchen wie des provinziellen Rechts hat mein verehrter College und Mitherausgeber übernommen, ich ſelbſt behalte mir die Relation über die das gemeine Civilrecht betreffenden Arbeiten vor. Die Abweſenheit meines Collegen trit leider der Ausführung ſolcher ſpeziellerer literariſcher Ueberſichten für den Augenblick entgegen, indeß ſoll noch im Laufe dieſes Jahres das Fehlende nachgeholt werden. Vorläufig erlaube ich mir der Aufmerkſamkeit unſers juriſtiſchen Publicums folgende neuere Werke zu empfehlen:

1) Vorleſungen über das gemeine Civilrecht von Joh. Friedr. Ludw. Göſchen, aus deſſen hinterlaſſenen Papieren herausgegeben von Dr. Albrecht Erxleben. Göttingen. Bd. I., Bd. II. und Bd. III. Abthl. 1.

Der eigenthümliche Vorzug dieſes, aus den Collegienheften des berühmten Herausgebers der Inſtitutionen des Gajus hervorgegangenen Werkes, beſteht in der großen Klarheit und der Methode der Behandlung. Die

einzelnen Rechtsſätze werden nicht, wie in Compendien des Römiſchen Rechts in der Regel geſchieht, nackt neben einander geſtellt und hintereinander aufgeſtellt, ſondern aus allgemeinen Prinzipien hergeleitet und erläutert. Das wahrhaft Wiſſenſchaftliche und Syſtematiſche der Bearbeitung zeigt ſich hier nicht bloß in den Ueberſchriften der Paragraphen und in bis ins Unendliche zerſplitterten Zahl- und Buchſtabenzeichen, vielmehr in der ganzen Darſtellungs- und Entwickelungsweiſe. Freilich iſt der, dem mündlichen Cathedervortrage nicht ſelten eigenthümliche Character einer gewiſſen behaglichen Breite, vielleicht zu wenig verwiſcht worden, allein gern wird der Leſer bei der übrigen Gediegenheit und Vortrefflichkeit des Werkes, das jedem Juriſten, dem gründliches Studium des Römiſchen Rechts am Herzen liegt, auf das Dringendſte empfohlen zu werden verdient, die gerügte kleine Unbequemlichkeit vergeſſen. Der erſte Band behandelt den ſog. allgemeinen Theil, der zweite das Sachen- und Obligationenrecht, der dritte in Abtheilung 1 das Familienrecht; Abtheilung 2, das Erbrecht enthaltend, wird in dieſen Tagen erſcheinen, wo nicht bereits erſchienen ſein.

2) Leitfaden für Pandectenvorleſungen, von Dr. K. A. v. Vangerow. Marburg und Leipzig 1839.

Wem es darum zu thun iſt, die hauptſächlichſten Streitfragen der neueren juriſtiſchen Literatur kennen zu lernen, dem iſt das vorliegende Werk als zu dieſem Zwecke beſonders brauchbar zu empfehlen. Es enthält, nach Art gewöhnlicher Grundriſſe zu Pandectenvorleſungen, zunächſt zwar nur Ueberſchriften zu Paragraphen, allein zu der Mehrzahl derſelben bald mehr bald weniger ausführliche Anmerkungen in denen die wichtigſten Controverſen beſprochen werden. Die Klarheit, mit der die Gründe und Gegengründe dargeſtellt und gegen einander abgewogen werden, iſt jedenfalls rühmlich anzuerkennen; wenn man auch den von dem Verfaſſer aufgeſtellten Reſultaten nicht durchgängig beizuſtimmen vermag. Mit Leichtigkeit gewinnt man durch dieſes Werk einen Ueberblick über den Standpunkt, wie die Fülle der juriſtiſchen Literatur, der namentlich allen denen, die den Mittelpunkten literariſchen Verkehrs etwas ferner ſtehen, um ſo ſchwieriger zu erringen iſt. Bisher iſt nur der erſte Band, enthaltend außer dem ſog. allgemeinen Theil das Familienrecht und die dinglichen Rechte, erſchienen.

Bei dem geſteigerten Abſatz unſerer Erörterungen, werden wir fortan den Preis derſelben auf 3 Rbl. S. für den Band, alſo 75 Kop. S. für das Heft, ermäßigen. Den Ueberſchuß, der nach Deckung der Druck-

Digitized by Google

und Verſendungskoſten bleibt, gedenken die Herausgeber zum allmäligen Druck wichtiger, nur handſchriftlich vorhandener Quellen unſerer Provinzialrechte zu benutzen. Möge das ganze Unternehmen den Erwartungen des juriſtiſchen Publicums entſprechen und daſſelbe uns die bisher erwieſene Theilnahme erhalten.

Dorpat, den $\frac{17}{29}$. Mai 1840.

Dr. E. O. v. Madai.

Inhalt des erſten Bandes.

I. Sind Gaſtwirthe berechtigt Reiſende abzuweiſen? Von C. O. v. Madai. S. 1.

II. Die Claſſen der Concursgläubiger nach Livländiſchem Landrecht. Von F. G. v. Bunge. S. 38.

III. Etwas über das Römiſche und Deutſche Recht, als das ſogenannte Hülfsrecht in den Oſtſeeprovinzen, und deren gegenſeitiges Verhältniß. Von dem Hrn. Oberhofgerichtsadvocaten C. Neumann in Mitau. S. 67.

IV. Bemerkungen über die Erbgutseigenſchaft und die eheliche Gütergemeinſchaft nach Rigiſchem Stadtrecht, angeknüpft an einen Rechtsfall. Von dem Hrn. Stadtſyndicus C. H. Zimmerberg in Dorpat. S. 78.

V. Ueber die Aufhebung von Rechtsgeſchäften wegen laesio enormis, nach gemeinem, wie nach Liv-, Eſth- und Curländiſchem Recht. Von C. O. v. Madai. S. 97.

VI. Die Geſchlechtsvormundſchaft nach Livländiſchem Recht. Von Joh. Ludw. Müthel, ehemaligem Profeſſor des Livländiſchen Rechts in Dorpat. S. 185.

VII. Das Römiſche Recht in dem Eſthländiſchen Ritter- und Landrecht. Von C. O. v. Madai. S. 204.

VIII. Ueber die legitimatio per subsequens matrimonium, nach Curländiſchem Recht. Von dem Hrn. Oberhofgerichtsadvocaten C. Neumann in Mitau. S. 209.

IX. Beitrag zur Erklärung des § 182 der Curländiſchen Statuten. Von C. O. v. Madai. S. 219.

X. Ueber Querelen, nach Livländiſchem Recht. Von einem practiſchen Rechtsgelehrten. S. 247.

XI. Das Römiſche Recht in dem Eſthländiſchen Ritter- und Landrecht. (Fortſ.) Von C. O. v. Madai. S. 259.

XII. Ueber die Anwendbarkeit der Deutſchen Reichsgeſetze in den Deutſchen Oſtſeeprovinzen. Von F. G. v. Bunge. S. 289.

XIII. Actenmäßige Darſtellung eines merkwürdigen Criminalrechtsfalles. Von dem Hrn. Aſſeſſor des Livländiſchen Hofgerichts und Ritter M. v. Wolffeldt in Riga. S. 313.

XIV. In welchem Umfange trägt der ſäumige Schuldner den zufälligen Untergang der ſchuldigen Species. Von C. O. v. Madai. S. 361.

XV. Die Königlich-Schwediſchen Zinsplacate vom 14. November 1666 und 16. December 1687 und ihr Verhältniß zum Liv- und Eſthländiſchen Recht. Von C. O. v. Madai. S. 393.

Digitized by Google

I.

Sind Gaſtwirthe berechtigt Reiſende abzuweiſen?

Von C. O. v. Madai.

In dem einheimiſchen provinciellen Rechte finden wir hierüber eine ausdrückliche Entſcheidung nicht: es muß demnach dieſelbe aus dem gemeinen, als dem recipirten Hilfsrechte, entnommen werden. Forſchen wir aber, wie nach dieſem unſere Frage zu beantworten, ſo begegnen wir hier einem directen Widerſpruche der verſchiedenen Anſichten der Rechtslehrer. Während nämlich die älteren eine Zwangsverbindlichkeit der Gaſtwirthe, den Reiſenden aufzunehmen, behaupten,[1]) wird von denjenigen unſerer neueren Rechtslehrer[2]), die ſich ſpeciell

---

1) So Cuiacius in comment. ad Lib. XXII. ad l. 6 §. 2. D. nautae, caupones, in opp. Tom V. p. 321. edit. Neapol.; Anton Faber Rationalia ad Pand. Lib. IV. tit. 9. ad l. I. §. 1. D. nautae; Voetius comment. ad Pand. Lib. IV. tit. 9. §. 4. Schulting notae ad Pand. ad. l. 156 pr. D. de regulis iuris; Noodt commentarius ad Pand. Lib. IV. tit. 9 §. verba; Glück Commentar, Th. VI. §. 486. Note 22. S. 112.

2) In den neueren Pandectencompendien von Thibaut, Mühlenbruch, Schweppe, Valett, Puchta u. ſ. w.

mit der Erörterung unſeres Gegenſtandes beſchäftigt haben [3]), eine ſolche Zwangsverbindlichkeit auf das Beſtimmteſte in Abrede geſtellt. Der Grund dieſer, leider nicht ſeltenen Erſcheinung liegt darin daß man bei der Beantwortung der vorliegenden Streitfrage weniger die rechtliche Natur des in Rede ſtehenden Verhältniſſes unterſuchte, vielmehr ſich vorzugsweiſe bemühte zwei widerſprechende Stellen des Römiſchen Rechts durch ſcharfſinnige Interpretation in Einklang zu bringen. Je nachdem man dabei der einen oder der andern dieſer Stellen ein vorzugsweiſes Gewicht beilegen zu müſſen glaubte, kam man ſehr natürlich bald zu der einen, bald zu der andern der entgegengeſetzten Anſichten.

Wir beginnen mit einer allgemeineren Erörterung. Das Verhältniß des Gaſtwirths zum Reiſenden muß aus einem zweifachen Geſichtspunkte betrachtet werden, dem privatrechtlichen und dem polizeilichen. Verweilen wir zunächſt bei dem erſteren. — Die Frage, die wir hier zu beantworten haben, iſt alſo dieſe: iſt von privatrechtlichem Standpunkte aus eine Verbindlichkeit des Gaſtwirths, den Reiſenden aufzunehmen, vorhanden? Ganz abgeſehen von den beſonderen Ausſprüchen unſerer

---

wird unſre Frage theils mit Stillſchweigen übergangen, theils nicht beſtimmt beantwortet. Nur v. Wening-Ingenheim erklärt ſich ausdrücklich gegen die Zwangsverbindlichkeit.

3) Kaemmerer Observationes iuris civilis. Rostockii 1827. c. 2. Huſchke in der Tübinger Zeitſchrift Bd. III. Heft 1. v. Schröter in Schunk's Jahrbüchern der juriſt. Litteratur Bd. XI. Heft 1. Guyet im Archiv für die civiliſt. Praxis Bd. XVII. Heft 1.

Quellen, möchte man aus allgemeinen Gründen beim erſten Anblick mit Nein darauf antworten, da, mit wenigen Ausnahmen, Niemand zur Eingehung eines Vertrages gezwungen werden kann. Dies iſt denn in der That auch der Hauptgrund, auf den unſere neueren Rechtslehrer ihre verneinende Anſicht ſtützen. An und für ſich iſt jener Grundſatz allerdings ganz richtig; ob aber derſelbe für unſere Streitfrage von entſcheidendem Gewicht ſei, dürfte ſich wenigſtens bezweifeln laſſen. Seine Anwendung beruht nämlich auf folgender Schlußreihe. Das zwiſchen dem Gaſtwirthe und dem Reiſenden obwaltende obligatoriſche Verhältniß entſteht durch einen ſtillſchweigenden Vertrag, welcher wiederum durch die Aufnahme des Reiſenden von Seiten des Gaſtwirths abgeſchloſſen wird. Da nun Niemand zur Eingehung eines Vertrages gezwungen werden kann, ſo muß auch der Gaſtwirth berechtigt ſein, den Fremden abzuweiſen. — Aber fragen wir, beruht denn wirklich das Verhältniß des Gaſtwirths zum Reiſenden auf ſolchem ſtillſchweigenden Vertrage? Unſers Erachtens nicht; vielmehr auf der geſetzlichen Vorſchrift des Prätoriſchen Edicts, das den Gaſtwirth, auch ohne daß zwiſchen ihm und dem Reiſenden ein beſonderer Receptionsvertrag geſchloſſen iſt, an und für ſich verpflichtet, für die Sachen des Letzteren einzuſtehen. Nicht alſo ſtillſchweigender Vertrag, ſondern das Geſetz, erzeugt die Verbindlichkeiten des Gaſtwirths. Wie wenig hier überhaupt auf die Einwilligung des Gaſtwirths an ſich ankomme, erweiſt ſich deutlich daraus, daß, wenn derſelbe auch gegen die ihm geſetzlich obliegende Verpflichtung für das salvum fore der Sachen des

Reiſenden einzuſtehen, einſeitig proteſtirt, er nichts deſto weniger verantwortlich bleibt[4]). Aber ſelbſt zugegeben, daß das Verhältniß zwiſchen dem Wirth und Reiſenden nicht ſowohl durch das Prätoriſche Edict begründet, als vielmehr geſchärft und geſetzlich näher beſtimmt werde, ſo glauben wir gleichwohl nicht, daß erſt durch die in der Aufnahme des Reiſenden ſich ausſprecheude ſtillſchweigende Einwilligung des Wirthes deſſen Verbindlichkeit entſtehe. Offenbar hat der Gaſtwirth, der durch ſein Gaſtſchild oder auf andere Weiſe zur Einkehr einladet, ſich im Voraus bereit erklärt, den Reiſenden aufzunehmen und zu beherbergen. Sollte es einer Wiederholung dieſer Willenserklärung in Beziehung auf jeden einzelnen Reiſenden bedürfen? Gewiß eben ſo wenig, als bei der Offerte überhaupt. Es beginnt die verbindliche Kraft derſelben, ſobald ſie von der Gegenpartei angenommen iſt, ohne daß eine abermalige Einwilligung des Offerenten erforderlich wäre. Die Offerte aber des Gaſtwirths iſt eigenthümlicher Art. Sie gilt dem geſammten Publicum. Dem Gaſtwirth iſt es um den Reiſenden als ſolchen, wer dieſer auch übrigens ſei, zu thun; der Reiſende iſt ihm gewiſſermaßen eine fungible Perſon. Die Acceptation aber dieſer Offerte von Seiten des Reiſenden iſt vorhanden, ſobald derſelbe den Gaſthof mit der Erklärung betritt, die Dienſte des Gaſtwirths als ſolchen in

4) L. 7. pr. D. nautae, caupones. (4, 9). Ulpian: Item si praedixerit, ut unusquisque viatorum res suas servet, neque damnum se praestaturum, et consenserint vectores praedictioni, non convenitur. Offenbar bedarf es hienach der Einwilligung des Reiſenden.

Anſpruch nehmen zu wollen. Nicht alſo erſt mit der nachfolgenden, ſei es auch ſtillſchweigenden Einwilligung des Wirthes, vielmehr ſchon mit dem Betreten des Gaſthauſes durch den Reiſenden, ſofern darin eine Acceptation der Offerte liegt, beginnt die verbindliche Kraft des zwiſchen beiden obwaltenden Obligationsverhältniſſes. Dieſe Betrachtung aber führt uns noch einen Schritt weiter. Jene von dem Wirth ausgehende Offerte hängt auf das Innigſte mit dem Begriff des Gaſtwirths zuſammen. Derſelbe wird zum Gaſtwirth erſt durch dieſe. Wollte er unter den von ihm Aufzunehmenden ein Wahlrecht ausüben, ſo würde er weſentlich aufhören, ein Gaſtwirth zu ſein. Iſt aber die bezeichnete Offerte unzertrennlich mit dem Begriff des Gaſtwirths verbunden, ſo kann dieſelbe auch von ihm, will er nicht aufhören ein Gaſtwirth zu ſein, nicht zurückgenommen werden. Kann er nun von ſeiner einmaligen Offerte nicht beliebig zurücktreten, ſo folgt nothwendig, daß er nicht berechtigt ſein könne, den dieſelbe acceptirenden Reiſenden abzuweiſen. Daß dieſem Reſultate eine Wahrheit zu Grunde liege, dafür ſpricht ſchon ein allgemeines Rechtsgefühl. Dem von einem Gaſtwirth ohne allen weitern Grund zurückgewieſenen Reiſenden iſt, in der That nicht bloß nach ſeinem eigenen Gefühl, durch dieſe Abweiſung ein Unrecht widerfahren, das nach einer allgemeinen, nicht unbegründeten Anſicht, als eine Ehrenkränkung empfunden wird. Daher geben denn die älteren Rechtslehrer dem Zurückgewieſenen eine actio iniuriarum, vielleicht weil ſie, den aus der Natur der Offerte allein erklärbaren Character der vorliegenden Rechtsverletzung nicht klar genug erkennend,

dieſelbe aus der beleidigten Perſönlichkeit ableiten zu können glaubten.

Doch wir müſſen noch einmal mit wenigen Worten auf die Offerte zurückkommen. Dem Verſuche, aus der Natur derſelben die in Rede ſtehende Verbindlichkeit des Gaſtwirthes, wie hier geſchehen, abzuleiten, wird man vielleicht entgegnen, es führe derſelbe zu bedenklichen und unrichtigen Conſequenzen. Mit gleichem Rechte nämlich würde man dann annehmen müſſen, daß auch der Kaufmann, der durch ſein Schild zum Kauf einladet, verpflichtet ſei, Jedermann ſeine Waare zu verkaufen, was doch im Ernſt nicht leicht Jemand behaupten werde. Allein dieſe Analogie iſt nur eine ſcheinbare, und unerheblich der daher entlehnte Einwand. Das Rechtsgeſchäft, zu dem der Kaufmann durch ſein Schild das Publicum einladet, iſt ein weſentlich anderes: es iſt ein Conſenſualvertrag. Es bedarf zu deſſen Perfection erſt noch einer beſonderen Einigung über die weſentlichſten Punkte des Vertrages, und ob dieſe zu Stande kommen werde, hängt von der Willkür der Parteien ab. Ganz anders verhält es ſich in unſerm Falle. Das zwiſchen dem Gaſtwirth und dem Reiſenden eingegangene obligatoriſche Verhältniß gehört in der Regel den ſ. g. Innominat-Realverträgen, etwa facio ut des u. ſ. f., an. Nur ſelten wird der Reiſende beim Betreten des Gaſthauſes mit dem Wirthe im Voraus die gegenſeitigen Vertragsbedingungen feſtſetzen. Daß dieſes freilich bei den Römern, wenigſtens früherhin, das Ueblichere geweſen ſein mag [5]),

5) Dies folgt aus der Bemerkung Ulpian's in l. 3. §. 1 D. nautae, caupones (4, 9), daß die Einführung der in factum

ändert die Sache nicht. Genug, bei uns iſt es, ich ſage in der Regel, anders. Schließt nun aber nicht die durchaus verſchiedene Natur der in beiden Fällen zum Grunde liegenden Verträge des Kaufmanns mit dem Käufer, und des Gaſtwirths mit dem Reiſenden, die Analogie beider Verhältniſſe, und die Richtigkeit eines daraus von dem einen auf das andere zu entlehnenden Schluſſes, aus? Aber noch in einem andern Punkte zeigt ſich eine nicht unweſentliche Verſchiedenheit beider Verhältniſſe. Der Gaſtwirth erklärt ſich durch ſein Schild überhaupt bereit, den Reiſenden zu beherbergen[6]), indem er die nähere Beſtimmung der von ihm zu leiſtenden Handlungen dem Belieben des Reiſenden anheimſtellt. In dieſer Beziehung iſt ſeine Offerte eine vollſtändige. Anders der Kaufmann, deſſen Schild nur die Beſtimmung hat, ihn dem Publicum als Verkäufer beſtimmter Waaren bekannt zu machen. Indeß kann auch er durch eine von ſeiner Seite vollſtändigere Offerte ſich dem Gaſtwirthe ähnlicher verpflichten, wenn er ein Verzeichniß ſeiner Waaren mit genauer Angabe der Preiſe derſelben publicirt. In ſolchem Falle bedarf es zur Perfection des Kaufvertrages ebenfalls nur einer Acceptation von Seiten

---

actio durch das Prätoriſche Edict befremdlich ſcheinen könne, da ja der Reiſende ohnehin ſchon aus dem Civilrecht beſtimmte Klagen, nämlich die actio ex locato vel conducto u. ſ. w. habe. Eingehung eines förmlichen Miethsvertrages zwiſchen Gaſtwirth und Reiſenden wird alſo hier als Regel vorausgeſetzt.

6) L. 5 D. nautae: nauta et caupo et stabularius mercedem accipiunt, non pro custodia, sed nauta ut traiiciat vectores, caupo ut viatores manere in caupona patiatur.

des Käufers, und ſo könnte hier der Kaufmann vielleicht eben ſo wenig berechtigt erſcheinen, jeden beliebigen Käufer abzuweiſen, es ſei denn daß er, wie der Gaſtwirth, ſich mit factiſcher Unmöglichkeit der Erfüllung genügend zu entſchuldigen vermöchte. Indeß dürfte ſelbſt hier der Unterſchied, der durch die Verſchiedenartigkeit der zum Grunde liegenden Rechtsgeſchäfte begründet wird, für die Beurtheilung der Verhältniſſe des Gaſtwirths in Vergleich zu denen des Kaufmannes, nicht ohne Erfolg bleiben.

Es iſt in dem Bisherigen unſere Frage nur aus allgemeinen Rechtsprincipien beleuchtet, und dahin beantwortet worden, daß der Gaſtwirth, den Reiſenden abzuweiſen, nicht berechtigt ſei. Wie aber verhalten ſich zu dieſem Reſultate die beſonderen Ausſprüche unſerer Quellen? Wir begegnen hier, wie ſchon oben angedeutet worden, einem unzweideutigen Widerſpruche, indem derſelbe Ulpian in der einen Stelle erklärt: „est enim in cauponum arbitrio, ne quem recipiant,“ alſo den Gaſtwirthen ein Wahlrecht unter den von ihm aufzunehmenden Reiſenden einräumt, während er an einem andern Orte mit gleicher Beſtimmtheit ſagt: „namque viatorem sibi caupo vel stabularius eligere non videtur, nec repellere potest iter agentes.“

Die erſte der fraglichen Stellen, entlehnt aus Ulpian's Lib. 14 ad Edictum, lautet in ihrem Zuſammenhange ſo:

> L. 1. §. 1. D. nautae, caupones: (4, 9) Maxima utilitas est huius edicti, quia necesse est plerumque eorum fidem sequi, et res custodiae eorum committere. Ne quisquam putet graviter

hoc adversus eos constitutum, nam est in ipsorum arbitrio, ne quem recipiant: et nisi hoc esset statutum, materia daretur cum furibus adversus eos quos recipiunt coeundi, cum ne nunc quidem abstineant huiusmodi fraudibus.

Die zweite Stelle aus Ulpian's L. 38 ad Edictum:

L. 1. §. 6. D. furti adversus nautas (47, 5): Caupo praestat factum eorum, qui in ea caupona, eius cauponae exercendae caussa ibi sunt, item eorum, qui habitandi caussa ibi sunt; viatorum autem factum non praestat: namque viatorem sibi eligere caupo vel stabularius non videtur, nec repellere potest iter agentes: inhabitatores vero perpetuos ipse quodammodo elegit, qui non reiecit, quorum factum oportet eum praestare. In navi quoque vectorum factum non praestatur.

Es gewährt in der That nicht geringes Intereſſe, die mannigfachen Beſtrebungen des Scharfſinnes, den Widerſpruch der vorliegenden Stellen aufzulöſen, zu verfolgen. Wir beginnen mit dem älteſten dieſer Verſuche, mit dem der Gloſſe. Sie fügt in der erſteren Stelle zu den Worten „est enim in ipsorum arbitrio, etc.“ als Erläuterung hinzu, „scilicet a principio, non ex postfacto.“ Die Gloſſe unterſcheidet hierin, wie man in der Regel annimmt [7]), zwiſchen dem Recht, einen neuen Gaſthof an-

7) Abweichend behauptet Kämmerer a. a. O. §. 3. Note 6: „glossae auctorem de huiusmodi nunquam cogitasse sententia,“ vielmehr habe man erſt ſpäterhin in die Worte der Gloſſe die obige Deutung willkürlich hineingetragen. Warum aber die Worte

zulegen, und der Verbindlichkeit, ſobald dies einmal geſchehen. Gaſtwirth zu werden oder nicht, ſtehe in dem Belieben eines jeden, und darauf gehe Ulpian's Ausſpruch: „est enim in ipsorum arbitrio ne quem recipiant;" dahingegen, wer einmal ein Gaſthaus angelegt, nicht mehr berechtigt ſei, jeden Reiſenden willkürlich abzuweiſen, und hierauf beziehe ſich Ulpian's Aeußerung in der zweiten Stelle: „nec repellere potest iter agentes." Wiewohl namhafte Rechtslehrer [8]) die Anſicht der Gloſſe theilen, muß dieſelbe doch aus einem zwiefachen Grunde verworfen werden. Einmal wegen der durchaus willkürlichen Bedeutung, die ſie dem Worte recipere beilegt. Mit Recht bemerkt Guyet [9]): „die Ausdrücke recipere und nec repellere ſind an ſich ganz gleichbedeutend, und daß das erſte der erwähnten Fragmente nicht die Errichtung eines Gaſthofes überhaupt, ſondern die Aufnahme des einzelnen Gaſtes im Sinn habe, geht aus den Worten „ne quem recipiant" klar hervor." — Allein

---

der Gloſſe den oben angeführten Sinn nicht wenigſtens haben können? iſt nicht einzuſehen. Wenigſtens wiſſen wir, daß man ſchon früh die Gloſſe in der angegebenen Weiſe verſtanden habe. So leſen wir bei Bartolus in Comment. in Digest. ad l. 1. §. 1. D. nautae, caup. (Lugd. 1563. Fol. Tom. 1. pag. 179): „nota textum, quod quis non cogitur aliquem hospitari, quod est verum ab initio. Sed postquam incepit hospitari, tenetur recipere hospites." Ebenſo bei Raphael Fulgoſius in Commentar. in primam partem Pandect. ad l. 1. §. 1. cit. (Lugd. 1554. Fol. pag. 158): „Doctores intelligunt, quod ab initio antequam exercerit, non potest cogi recipere, post vero cogitur." —

8) Unter den neueren beſonders Glück a. a. O., ſo wie die übrigen in der Note 1 angeführten Schriftſteller.

9) Guyet a. a. O. S. 44.

zweitens, ſelbſt zugegeben, daß das Wort recipere im einzelnen Falle die von der Gloſſe behauptete Bedeutung haben könne, würde doch dieſelbe hier ausgeſchloſſen durch die Verbindung, in der daſſelbe auftritt. Ulpian ſchreibt: „est enim in cauponum arbitrio ne quem recipiant.“ Konnte wohl ein Ulpian damit ſagen wollen: „es ſteht in dem Belieben jedes Gaſtwirths (alſo deſſen, der es ſchon iſt), ob er Gaſtwirth werden will?“ Und doch würden wir ihm, folgen wir der Erklärung der Gloſſe, eine ſolche Gedankenloſigkeit aufbürden müſſen.

Einen zweiten auf einer Emendation des Textes beruhenden Vereinigungsverſuch finden wir bei Noodt[10]) mehr angedeutet als ausgeführt. Dieſer lieſt nämlich für „ne quem recipiant“ in der erſteren Stelle „ne quae recipiant.“ Anton Faber[11]), dieſe Leſeart recipirend, folgert daraus, der Gaſtwirth könne zwar den Reiſenden ſelbſt nicht abweiſen, wohl aber die Aufnahme der denſelben zugehörenden Sachen verweigern. Denn da in Betreff dieſer letzteren das Prätoriſche Edict dem Gaſtwirth ſo beſonders ſtrenge Verbindlichkeiten auferlege, ſei es unbillig, ihm dieſelben gegen ſeinen Willen aufzubürden. Ausdrücklich ſage ja auch Ulpian[12]): „item si praedixerit (sc. caupo), ut unusquisque vectorum res suas servet, neque damnum se praestaturum, et con-

10) Noodt commentar. ad Pand. l. c.

11) Anton Faber Rationalia ad Pand. Lib. IV. tit. 9. ad l. 1. §. 1. cit.

12) L. 7. pr. D. nautae, caupones.

senserint vectores praedictioni, non conveniur." — Indeß überſieht hier Faber, daß Ulpian den Gaſtwirth von der Verbindlichkeit, für die Sachen des Reiſenden zu haften, nur dann befreit, „si consenserint vectores;" unmöglich alſo kann die einſeitige Proteſtation den Gaſtwirth der ihm geſetzlich auferlegten Verpflichtung entheben. Außerdem iſt die vorgeſchlagene Emendation der Lesart „ne quem" in „ne quae recipiant" eine durchaus willkürliche Conjectur, die nicht nur von keiner Handſchrift unterſtützt wird, ſondern auch, wie ſchon Kämmerer[13]) richtig bemerkt, die Autorität der Baſiliken gegen ſich hat[14]). Von unſern neueren Rechtslehrern iſt die Faberſche Hypotheſe mit Recht verworfen worden.

Kämmerer, dem das Verdienſt gebührt, in ſeiner bereits mehrfach erwähnten gründlichen Abhandlung zuerſt in unſerer Zeit auf die faſt vergeſſene Streitfrage wieder aufmerkſam gemacht zu haben, geht von der Anſicht aus, daß, da Niemand zur Eingehung eines Vertrages gezwungen werden könne, mithin ſchon nach allgemeinen Gründen der Gaſtwirth jeden beliebigen Reiſenden aufzunehmen nicht verpflichtet ſei, als eigentlich entſcheidende Geſetzſtelle das erſte der beiden obigen Fragmente Ulpian's betrachtet werden müſſen.

Den Widerſpruch der zweiten Stelle ſucht Kämme-

13) Kämmerer a. a. O. S. 123.

14) Hier nämlich werden die Worte „est enim in ipsorum arbitrio, ne quem recipiant" alſo wiedergegeben: ἐν αὐτοῖς δέ ἐστι μηδένα ὑποδέξασθαι. Basilica Lib. 53 tit. 1. cap. 1, §. 1. edit. Fabrot. Tom. VI. pag. 643.

rer dadurch zu beſeitigen, daß er, wie vor ihm ſchon Heineccius [15]), dem Worte repellere die Bedeutung von expellere beilegt und ſo zu der Behauptung kommt, Ulpian ſage hier nur, der Wirth dürfe den einmal aufgenommenen Fremden nicht wieder forttreiben; das zweite Fragment handle mithin von einem ganz andern Fall, ſo daß ein eigentlicher Widerſpruch gar nicht vorhanden. Der Wirth ſei demnach zwar zur Abweiſung des ankommenden, aber nicht zur Wiederentfernung des einmal aufgenommen Fremden berechtigt. — Allein das Wort repellere hat weder die von Kämmerer behauptete Bedeutung von expellere, noch würde dieſelbe, wie ſchon Huſchke [16]) und v. Schröter [17]) hervorgehoben, in den Zuſammenhang der vorliegenden Stelle paſſen. Denn offenbar ſpricht hier Ulpian, wie ſich aus der Zuſammenſtellung des „nec repellere potest“ mit dem unmittelbar vorangehenden „viatorem sibi eligere caupo non videtur“ ergibt, von der erſten Aufnahme eben ankommender Reiſenden (daher die ausdrückliche Wiederholung des iter agentes, im Gegenſatz zu den inhabitatores), nicht aber der Wiederentfernung bereits aufgenommerer Gäſte.

Einen andern Weg ſchlägt Huſchke [18]) ein. Er ſagt: „Das potest in der zweiten Stelle iſt nicht ſoviel,

---

15) Heineccius Elementa iuris civilis secundum ordinem Pandectarum Pars I §. 547.

16) Huſchke a. a. O. S. 24.

17) v. Schröter a. a. O. S. 3.

18) Huſchke a. a. O. S. 25.

als licet oder in arbitrio ipsius est der andern Stelle, ſondern geht auf die Folge aus einem Begriffe nach Verſtandesgeſetzen, wonach etwas wahrhaft unmöglich iſt. Es ſoll nicht geſagt werden: der Gaſtwirth darf ſie nicht zurückweiſen, und würde, wenn er es thäte, von ihnen belangt werden können; ſondern er kann ſie nicht zurückweiſen, wenn er nicht aufhören will, für einen Gaſtwirth zu gelten.“ — Eben dieſer Anſicht iſt übrigens auch wohl v. Schröter [19]), wenn er, etwas undeutlich ſich dahin erklärt: „Ulpian ſpricht in dem fr. un. D. furti nur von dem factiſchen, nicht von dem rechtlichen Verhältniß des Wirths zu den Reiſenden. Dadurch fällt der ganze angebliche Widerſpruch weg.“ — Zugegeben nun, Huſchke's Erklärung der Worte, nec repellere potest, ſei richtig, Ulpian habe damit wirklich nicht ſowohl auf die rechtliche, als vielmehr auf die in der Natur des Verhältniſſes liegende factiſche Unmöglichkeit hindeuten wollen: wird, fragen wir, durch dieſe Annahme die Antinomie beſeitigt? Bleibt nicht immer der Widerſpruch, daß dann Ulpian in der einen Stelle für rechtlich erlaubt, was er in der andern für factiſch unmöglich erklärt? Und welch ein Widerſpruch! Konnte ein Ulpian etwas Begriffswiderſinniges, und nach Verſtandesgeſetzen Unmögliches für geſetzlich möglich und erlaubt halten? Möchte man da nicht lieber einen an ſich verzeihlichen Widerſpruch zweier geſetzlichen Beſtimmungen annehmen, als einem Rechte den Vorwurf ſolcher Widerſinnigkeit aufbürden? Zu dieſer Annahme aber kommt man nothwendig, wenn man mit Huſchke

19) v. Schröter a. a. O. S. 3.

und v. Schröter die eine unſerer Stellen auf das rechtliche, die andere lediglich auf das factiſche Verhältniß bezieht. Kann der Gaſtwirth den Reiſenden nicht zurückweiſen, ſo darf er es auch nicht; und ſo führt die Unterſcheidung Huſchke's und v. Schröter's in der Löſung der vorliegenden Antinomie um keinen Schritt weiter.

Der neueſte ausführlichere Vereinigungsverſuch rührt her von Guyet[20]. „Ulpian, ſagt dieſer, unterſcheidet zwei Arten von Perſonen, mit denen der Wirth in ein Receptionsverhältniß treten kann, die viatores nämlich oder iter agentes, und die inhabitatores. Die erſteren darf der Gaſtwirth nicht abweiſen, und deshalb iſt er in Betracht der von dieſen an den Sachen anderer Reiſenden verübten Beſchädigungen nicht mit der dupli actio verantwortlich: die letzteren dagegen hat er ſich dadurch daß er ſie nicht abwies, gleichſam ausgewählt, alſo ſich freiwillig in ein beſonderes Receptionsverhältniß zu ihnen begeben, und muß daher auch für die von ihnen ausgehenden Entwendungen der Sachen anderer Reiſenden mit dem duplum einſtehen. Viatores aber, oder iter agentes, ſind Gäſte, die nur kurze Zeit zur Befriedigung irgend eines Bedürfniſſes im Gaſthof verweilen: inhabitatores dagegen ſolche, die ſich gleich mit dem ausgeſprochenen Zweck eines längeren Aufenthaltes, und namentlich des Wohnens, zur Aufnahme melden. Dieſe letzteren kann der Gaſtwirth zurückweiſen, die erſtern nicht. Beziehen wir nun Ulpian's erſten Ausſpruch auf inhabitatores (in dem hier angegebenen Sinne), den andern dagegen auf die viatores seu iter agentes, ſo fällt da-

20) Guyet a. a. O. S. 47 fgg.

mit aller Widerſpruch weg.“ — Dies die Anſicht Guyet's, mit der wir uns eben ſo wenig befreunden können. Prüfen wir zuförderſt etwas näher die Richtigkeit der den Worten inhabitatores und viatores seu iter agentes beigelegten Bedeutung. Die Gründe die für dieſelbe angeführt werden, ſind folgende: „1) Ulpian bezeichnet im Eingange des zweiten Fragments, als zwei an ſich ganz verſchiedene Claſſen von Perſonen diejenigen, „qui in ea caupona eius cauponae exercendae caussa ibi sunt,“ und diejenigen, qui habitandi caussa ibi sunt: er unterſcheidet alſo die Gehilfen des Wirths, wohin man ſeine eigene Familie rechnen muß, gänzlich von denjenigen Perſonen, welche ſich nur im Gaſthofe aufhalten, und zwar habitandi caussa, ohne dem Wirthe bei ſeinem Geſchäfte an die Hand zu gehen. Dieſe letzteren ſind die nämlichen Leute, welche einige Zeilen weiter inhabitatores perpetui genannt werden, und man darf folglich dabei weder an die Frau und Kinder, noch an die Knechte und Mägde oder ſonſtige Hausleute des Wirths denken; Miethsleute aber kommen in Gaſthöfen, in welchen der Wirth den vorhandenen Raum zur Betreibung ſeines eigentlichen Geſchäftes braucht, zu ſelten vor, als daß ſie einer ſolchen ausdrücklichen Erwähnung verdient hätten, und zudem beſitzen die Rechtsquellen für den Miethsmann eines Hauſes den von Ulpian ſelbſt oft angewendeten Kunſtausdruck inquilinus, ſo daß es auffallend ſein würde, ſtatt ſeiner hier den gar nicht bezeichnenden Ausdruck nhabitatores gebraucht zu ſehen.“ — Dies der erſte Theil der Argumentation Guyet's, durch welchen aber in der That weniger etwas erwieſen, als

behauptet wird. Denn warum müſſen unter den mit „ii qui habitandi caussa ibi sunt“ bezeichneten Perſonen gerade ſolche verſtanden werden, die als Gäſte in den Gaſthof einkehren? Kommen eigentliche Miethleute, die ſich bleibend eingemiethet haben, in Gaſthäuſern in der That ſo ſelten vor, daß eine beſondere Erwähnung derſelben überflüſſig? Guyet ſagt, Ulpian würde dieſe letzteren mit dem Namen inquilinus, nicht aber mit dem „hier gar nicht bezeichnenden Ausdruck“ inhabitatores bezeichnet haben. Und doch nennt Ulpian an einer andern Stelle[21]) den Miethsmann, um ihn eben von dem bloß vorübergehenden Gaſt zu unterſcheiden, ausdrücklich habitator nicht inquilinus. — Guyet argumentirt weiter: „2) Aus einem Fragmente des Paulus[22]): in factum actione caupo tenetur his, qui habitandi caussa in caupona sunt: hoc autem non pertinet ad eum, qui repentino hospitio recipitur, veluti viator, ſehen wir, daß man zweierlei Einkehren in dem Gaſthauſe unterſchied, das repentinum hospitium, und ein anderes, welches zu längerem Zwecke geſchah und habitandi caussa genannt wird, denn auch hiebei muß an ein hospitium gedacht werden, weil, wenn es nur ein repentinum hospitium gegeben hätte, Paulus nicht den Fehler begangen haben würde, das alsdann überflüſſige und nichts bezeichnende Beiwort repentinum beizuſetzen. Nun iſt aber der Ausdruck repentinus bei den Römern ein juriſtiſches Kunſtwort geweſen, und hat zur Bezeichnuug eines ſolchen rechtlichen Verhältniſſes gedient, welches ſeiner Natur nach nur von

21) L. 1. §. 9. D. de his qui effuderint. (9, 3.)
22) L. 6. §. 3. D. nautae, caupones.

ganz kurzer Dauer und von vorübergehendem Nutzen ſein ſollte, während ſich als Gegenſatz bisweilen der Ausdruck perpetuus findet, der bekanntlich nicht allein das auf ewige Dauer Berechnete bezeichnet, ſondern auch alles dasjenige, welches nur für eine etwas längere Zeit beſtehen ſoll, ſo wie gerade in dem zweiten Fragmente von perpetui inhabitatores geſprochen wird. Mithin unterſcheidet Paulus diejenigen Gäſte, welche nur zu einem ganz kurzen Aufenthalt im Gaſthauſe einkehren, ohne daſelbſt übernachten zu wollen, und nennt als Beiſpiel davon Reiſende, welche häufig nur zur Befriedigung ihres Hungers und Durſtes in dem Gaſthauſe eintreten, und nach Stillung deſſelben ſogleich wieder abreiſen, von ſolchen Gäſten, welche zum Zwecke des Wohnens, mithin des längeren Aufenthaltes, in den Gaſthof eingekehrt ſind, oder Ulpian's perpetui inhabitatores. — Offenbar iſt nun dieſe Unterſcheidung zur Auflöſung unſerer Antinomie zu benutzen, denn Paulus ſtellt ſie gerade zu demſelben Zwecke auf, welchen auch Ulpian im Auge hatte, nämlich anzugeben, für welcher Perſonen verbrecheriſch ſchadende Handlungen der Wirth mit der dupli actio haften müſſe, und wir finden alſo bei Paulus die Erklärung der Worte Ulpian's. Die viatores oder iter agentes des letztgenannten Rechtsgelehrten ſind demnach die Gäſte, welche Paulus als repentino hospitio recepti bezeichnet, und gerade als Beiſpiel auch den viator nennt, die perpetui inhabitatores aber ſind die von Paulus als habitandi caussa aufgenommen angeführten Gäſte.“ — Dies der zweite Theil der Beweisführung Guyet's, die wir mit des Verfaſſers eigenen Worten

wiedergegeben, um nicht durch einen bloßen Auszug das etwanige Gewicht derſelben zu beeinträchtigen. Ob aber dieſelbe zu überzeugen vermag? Iſt nicht die Bedeutung, die Guyet den Worten perpetui inhabitatores im Gegenſatz zu dem „qui repentino hospitio recipitur, veluti viator“ beilegt, wiederum eine durchaus willkürliche? Warum ſoll der letztere nur einen Reiſenden bezeichnen, der bloß eſſen und trinken, nicht auch übernachten, oder einige Tage ſich ausruhen will? Es ergibt ſich aber außerdem die Unrichtigkeit der Begriffsſtimmungen Guyet's auf das Entſchiedenſte aus folgendem Ausſpruch Ulpian's. Bei Erörterung der Frage, wer mit der actio de effusis et deiectis belangt werden könne, ſagt dieſer [23]):

> habitare autem dicimus vel in suo, vel in conducto, vel in gratuito. Hospes plane non tenebitur, quia non ibi habitat, sed tantisper hospitatur: sed is tenetur, qui hospitium dederit. Multum autem interest inter habitatorem et hospitem, quantum interest inter domicilium habentem et peregrinantem.

Ulpian unterſcheidet hier ſehr beſtimmt die Begriffe habitator und hospes. Den weſentlichen Unterſchied beider ſetzt er darin, daß der erſtere als ein domicilium habens, der letztere als ein peregrinans anzuſehen: „qui non habitat, sed tantisper hospitatur.“ Sollte nun wohl derſelbe Ulpian in directem Widerſpruch mit dieſer, der Natur der Sache ſo angemeſſenen Begriffsbeſtimmung, in unſerer Stelle mit dem Ausdruck perpetui inhabitatores den

---

23) L. 1. §. 9. D. de his qui effuderint. (9, 3).

Reiſenden, der auf einige Tage im Gaſthofe ſich aufzuhalten gedenkt, haben bezeichnen wollen? und doch müſſen wir entweder dieſe Inconſequenz in der Sprache Ulpian's annehmen, oder glauben, Ulpian ſei der Anſicht, der Reiſende, der in einem Gaſthauſe übernachtet oder mehrere Tage verweilt, höre dadurch auf ein peregrinans zu ſein, und werde zu einem domicilium habens: eine Anſicht, gegen die wohl jeder Reiſende proteſtiren möchte.

Doch abgeſehen davon, daß nach dem Obigen ſich Guyet's Unterſcheidung und demnach auch die darauf gegründete Löſung der Antinomie als unhaltbar erweiſt, müſſen wir dieſelbe noch aus einem andern Grunde mißbilligen. Guyet erklärt, in Uebereinſtimmung mit Kämmerer, daß, da Niemand zur Eingehung eines Vertrages gezwungen werden könne, nach allgemeinen Gründen eine Verbindlichkeit des Wirthes, Reiſende aufzunehmen, nicht behauptet werden dürfe. Wenn er nun gleichwohl ſpäterhin wenigſtens gegen einen Theil der Reiſenden eine ſolche Verpflichtung des Wirths annimmt, ſo hätte er dieſe, allgemeinen Rechtsprincipien vermeintlich widerſprechende, Zwangsverbindlichkeit jedenfalls juriſtiſch rechtfertigen müſſen. Dies aber iſt nicht von ihm geſchehen. Denn als eine eigentlich juriſtiſche Rechtfertigung kann es wohl nicht angeſehen werden, wenn Guyet anführt, „es würde hart und unmenſchlich ſein, wenn der Gaſtwirth den ermüdeten oder ausgehungerten Reiſenden ohne weiteres abweiſen dürfte.“ Iſt es denn etwa weniger hart und unmenſchlich, wenn der Gaſtwirth dem Reiſenden das Nachtquartier verſagen, und ſo ihn in kalter Winternacht getroſt erfrieren laſſen darf? Und

warum iſt es unbilliger gegen den Wirth, wollte man ihn verpflichten, dem Geſindel, dem er, wie Guyet ſelbſt zugibt, den Tag über den Eintritt in das Gaſthaus, um ſich daſelbſt nach Belieben auszuruhen und zu ſtärken, nicht verſagen darf, auch eine Schlafſtelle zu gewähren? Trifft nicht den Gaſtwirth auch der Nachtheil, den der Tagedieb anderen Reiſenden durch Entwendung u. ſ. f. zufügt? Muß nicht in ſolchem Falle der Gaſtwirth mit der actio ex recepto haften? Und doch iſt es oft am Tage für den Wirth ſchwieriger, zahlreich ab- und zugehende Gäſte ſtets im Auge zu haben, als ſich gegen nächtliche Dieberei zu ſichern. Durch ſolche willkürliche Argumentationen wird in der That wenig gewonnen.

Noch iſt hier einer mehr gelegentlichen Aeußerung Mühlenbruch's [24]) zu gedenken. Dieſer iſt der Meinung, daß ein eigentlicher Widerſpruch zwiſchen L. un. § 6 D. furti adversus nautas und L. 1. §. 1. D. nautae, nicht vorhanden ſei. In der einen Stelle werde nur geſagt: der Wirth wählt ſich ſeine Gäſte nicht, er nimmt ſie, wie ſie ſich eben einfinden; in der andern: eine unbedingte Zwangsverbindlichkeit zur Aufnahme jedes Reiſenden findet nicht ſtatt. — Indeß iſt bei dieſer Erklärung nur der Geſammtinhalt der beiden Fragmente in Betracht gezogen, ohne gehörige Berückſichtigung der einzelnen darin liegenden Momente. Die Worte „nec repellere potest iter agentes," die allein den ganzen Streit veranlaßt haben, um deren rechtliche Deutung es ſich vorzugsweiſe handelt, ſind von Mühlenbruch mit Unrecht ignorirt worden.

24) Allgemeine Litteraturzeitung. 1835. Nr. 74. Sp. 588.

Unſeres Erachtens iſt das Vorhandenſein einer Antinomie nicht wohl in Abrede zu ſtellen. Jeder Vereinigungsverſuch hat, wie wir geſehen, bisher nur zu Künſteleien und willkürlichen ſprachlichen wie ſachlichen Annahmen geführt, und wird immer zu ſolchen führen. Nehmen wir lieber den Widerſpruch als ſolchen hin, und ſuchen vielmehr zu erklären, wie Ulpian zu demſelben gekommen, ſo wie welchen Einfluß derſelbe auf die Beantwortung unſerer Streitfrage habe?

Ulpian handelt in dem erſten Fragment von der allgemeinen Verbindlichkeit des Gaſtwirths für das salvum fore der Sachen jedes Reiſenden einzuſtehen, gleichviel von wem deren Beſchädigung oder Entwendung ausgegangen. In dieſer Beziehung behauptet er, der Gaſtwirth müſſe ſchlechthin für die Handlungen der übrigen einkehrenden Reiſenden haften [25]). Dieſe dem Gaſtwirth durch das prätoriſche Edict auferlegte, allerdings ſtrenge Verpflichtung will Ulpian als eine nothwendige aus allgemeinen Gründen rechtfertigen. Maxima utilitas est huius Edicti, ſagt er [26]) zu dem Ende, quia necesse est, plerumque eorum (sc. cauponum) fidem sequi, et res custodiae eorum committere: ne quisquam putet graviter hoc adversus eos constitutum: nam est in ipsorum arbitrio, ne quem recipiant: et nisi hoc esset statutum, materia daretur cum furibus coeundi, cum

25) L. 1. §. 8 u. L. 2. D. nautae, caup. Ulpian: Et puto, omnium eum recipere custodiam, quae in navem illatae sunt: et factum non solum nautarum praestare debere, sed et vectorum, — Gaius: sicut et caupo, viatorum.

26) L. 1. §. 1. D. eod.

ne nunc quidem abstineant huiusmodi fraudibus. — Zwei Punkte alſo hebt Ulpian hier vorzugsweiſe heraus: einmal die utilitas Edicti, ſoferne ohne daſſelbe der Reiſende den Betrügereien des Wirthes preisgegeben ſein würde; ſodann den Umſtand, daß ja der Gaſtwirth den Reiſenden nicht einzunehmen brauche, mithin ſich der Verbindlichkeit aus dem Prätoriſchen Edict entziehen könne. Offenbar tragen dieſe beiden Rechtfertigungsgründe den Character einer bloßen Privatmeinung Ulpian's, denen, weil ſie eben bloße rationes ſind, an und für ſich Geſetzeskraft nicht beigelegt werden kann, ſofern ſie nicht anderweitig als Geſetz ausdrücklich anerkannt ſind. Dies aber iſt nun weder für den einen noch für den andern der Fall. Unſers Wiſſens iſt ſonſt nirgends im Römiſchen Recht von einem Geſetz, durch welches die Befugniß des Gaſtwirths, Reiſende nach Belieben aufzunehmen oder abzuweiſen, ausgeſprochen würde, die Rede.

In dem zweiten Fragmente behandelt Ulpian einen weſentlich andern Fall. Sind ſchon Gaſtwirthe im Allgemeinen verpflichtet, für den Schaden, der die Sachen des Reiſenden im Gaſthauſe trifft, einzuſtehen, ſo ſteigt dieſe Verantwortlichkeit, wenn die Beſchädigung, Entwendung u. ſ. f. ausgeht von den eigenen Leuten des Wirths. Der Reiſende, der ſich und ſein Eigenthum ohnehin einer fremden Perſon und ihm fremder Localität anvertrauen muß, werde doppelt gefährdet ſein, wenn er ſich von lauter Unredlichen umgeben fürchten müßte. Der Wirth ſoll daher für die Redlichkeit ſeiner eigenen Hausleute beſonders einſtehen, da er ſich dieſe nach vorheriger Prüfung ihres Characters wählen kann, und deshalb dop-

pelt beſtraft werden, wenn er Taugenichtſe hält, durch welche die Sachen der Reiſenden entwendet worden ſind. Es trifft den Wirth in ſolchem Falle eine actio in factum auf Erſatz des Doppelten. Unbillig aber würde es ſein, den Wirth in dieſer größeren Strenge verantwortlich zu machen, auch aus den Handlungen von Perſonen, für deren Redlichkeit er unmöglich bürgen kann, und über deren Character Nachforſchungen anzuſtellen er weder Zeit noch Gelegenheit hat: ſo namentlich der Reiſenden, die er, durch ſein Gewerbe gezwungen, ohne weitere Auswahl, wie ſie eben gehen und kommen, hat aufnehmen müſſen. Wenngleich daher das Geſetz auf der einen Seite ſagt [27]): „caupo praestat factum eorum, qui in ea caupona eius cauponae exercendae caussa ibi sunt,“ d. h. die Handlungen derer, die, wie etwa die eigene Familie und die Dienſtleute, dem Gaſtwirth bei Ausübung ſeines Geſchäftes an die Hand gehen, „item factum eorum, qui habitandi caussa ibi sunt“ d. h. derjenigen, die der Wirth als gewöhnliche Miethsleute in ſein Haus aufgenommen hat, ſo fährt daſſelbe doch auf der andern Seite fort: „viatorum autem factum non praestat.“ — Dieſe geſetzliche Beſtimmung ſucht nun Ulpian ebenfalls aus allgemeinen Gründen zu erklären, indem er darauf hinweiſt, daß der Wirth ſeine Reiſenden nicht abweiſen könne, es mithin unbillig ſein würde, ihn verantwortlich zu machen für die Nichtsnutzigkeit von Leuten, die er nicht kennt, aber als Gaſtwirth gleichwohl aufnehmen muß. Um namentlich

---

27) L. un. §. 6. furti.

die Verſchiedenheit der Verpflichtungen in Beziehung auf eigentliche Miethsleute und bloße Reiſende, die als Gäſte aufgenommen ſind, zu rechtfertigen, macht Ulpian auf den Unterſchied, der bei Begründung dieſer beiden Verhältniſſe obwaltet, aufmerkſam, indem er ſagt: „inhabitatores perpetuos ipse quodammodo elegit, qui non reiecit[28]), quorum factum eum oportet praestare: viatorum autem factum non praestat, namque viatorem sibi eligere caupo vel stabularius non videtur, nec repellere potest iter agentes, uneingedenk, daß er früher gerade entgegengeſetzt behauptet hatte: „est enim in ipsorum arbitrio, ne quem recipiant.“ Iſt aber demnach auch dieſes letztere eine bloße Privatäußerung des Ulpian, ſo liegt nicht ſowohl ein Widerſpruch geſetzlicher Beſtimmungen vor, vielmehr nur ein Widerſpruch allgemeiner, zur Rechtfertigung verſchiedener, an ſich nicht antinomiſcher geſetzlicher Beſtimmungen, angeführten Gründe, auf den bei Entſcheidung unſerer Streitfrage um ſo weniger Gewicht gelegt werden kann, als ja auch bei Geſetzen nicht ſowohl die in denſelben etwa ausgeſprochene ratio legis, als vielmehr die geſetzliche Beſtimmung an ſich in Betracht zu ziehen iſt. Wie übrigens Ulpian dazu gekommen, ſo widerſprechende Behauptungen aufzuſtellen, iſt leicht begreiflich. In dem einem Falle kam es ihm darauf an, im Intereſſe der Billigkeit und des Reiſenden die oben erwähnte allgemeine Verbindlichkeit

28) Denn zur Eingehung eines förmlichen Miethvertrages kann der Gaſtwirth nicht gezwungen werden, ſo wenig als ſonſt ein Hausbeſitzer u. ſ. f.

des Gaſtwirths zu rechtfertigen: in dem andern Falle dagegen ſchien dieſelbe Billigkeit zu erfordern, von dem Gaſtwirth die ſpeciellere ſtrenge Verpflichtung abzuwenden, die, ohne gerade das Intereſſe des Reiſenden zu ſehr zu gefährden, dem erſteren nicht ohne Unbilligkeit aufgebürdet werden könnte. Daß bei dieſem Beſtreben das interdum dormitat bonus Homerus auch einmal einem Upian widerfahren, iſt gewiß verzeihlich, und findet ſeine Analogie in der Dogmengeſchichte aller Zeiten.

Wenn nun für unſere Streitfrage die Ausſprüche der Quellen eine Entſcheidung nicht bieten, glauben wir bei dem aus allgemeinen Rechtsprincipien gewonnenen Reſultate ſtehen bleiben, mithin ſchon privatrechtlich eine Verbindlichkeit des Gaſtwirths, den Reiſenden aufzunehmen, behaupten zu müſſen.

Wenden wir uns nun zu dem polizeilichen Standpunkte.

Es iſt hier nicht der Ort zu unterſuchen, wie ſich allmälig in unſern modernen Staaten die Polizeigewalt zu ihrer gegenwärtigen Bedeutung entwickelt, noch auch hinzuweiſen auf den Gegenſatz, in welchem dadurch unſre Staaten zu denen des Alterthums ſich befinden. Wir haben es hier nur mit dem Einfluß der Polizeigewalt auf die in Rede ſtehende Frage zu thun. Dem Römiſchen Recht war eine polizeiliche Beaufſichtigung der Gaſthöfe in der Weiſe, wie wir in unſern Staaten ſie finden, unbekannt. Das Prätoriſche Edict begnügte ſich damit, die Gaſtwirthe in der oben angeführten Weiſe privatrechtlich zu verpflichten, indem es dadurch für die Sicherheit der Reiſenden hinlänglich geſorgt zu haben meinte. Von ei-

ner zu Anlegung eines Gaſthofes erforderlichen polizeilichen Erlaubniß finden wir keine Spur. Ueberhaupt ſcheint das ganze Gewerbe ein verachtetes geweſen, und von Leuten niederen Standes betrieben worden zu ſein[29]). Ganz anders verhält es ſich in unſerer Zeit. In den meiſten Staaten gibt es ein freies Recht des Einzelnen, einen Gaſthof nach Belieben anzulegen, nicht, vielmehr bedarf es dazu obrigkeitlicher Conceſſion[30]). Wir fragen, zu welchem Ende? Soll etwa dadurch nur ein gewöhnliches Privilegium begründet werden, von dem nach Belieben Gebrauch zu machen in der Willkür des Berechtigten ſtände? Wir glauben nicht. Die Polizei, indem ſie die Ertheilung einer Erlaubniß ſich vorbehalten, will nicht nur dem vorbeugen, daß an einem Orte zu viel Gaſthöfe entſtehen: ſie will ſich dadurch zugleich die fortwährende ſpecielle Aufſicht über die Gaſthöfe, im Intereſſe der Reiſenden, bewahren. Alſo für die Reiſenden ſoll geſorgt werden; mithin haben dieſe auch ihrer Seits ein Recht

29) Man vergleiche die Aeußerungen Ulpian's in l. 1. §. 1. und l. 3. §. 1. D. nautae.

30) An manchen Orten Deutſchlands ward die Gaſtwirthſchaft ſogar als ein Regal angeſehen. Vgl. Fiſcher Lehrbegriff ſämmtlicher Kameral- und Polizeirechte Bd. III. §. 295 u. fgg. Ueber das einheimiſche provincielle Recht in dieſer Beziehung ſ. v. Bunge das Liv- und Eſthländiſche Privatrecht. (Dorpat, 1838. 8. Bd. I.) §. 85. Nr. 5. Hinſichtlich Eſthlands vergl. noch das Ritter- und Landrecht B. VI. Tit. 3. Art. 1., und hinſichtlich Curlands mehrere Landtagsſchlüſſe in G. P. M. von der Recke's Auszug der wichtigſten Sachen aus den landtäglichen Schlüſſen rc. (Mitau, 1790. 8.) S. 72. — Für die Städte ſ. die Allerh. Verordnung vom 14. März 1821 und v. Bunge's Darſtellung des Ruſſ.-Handelsrechts (Dorpat 1829. 8.) §. 17 u. fg.

auf die Gaſthöfe, als auf ein zu ihrem Beſten unter öffentlicher Aufſicht und ein mit öffentlicher Genehmigung errichtetes Inſtitut. Wollte der Gaſtwirth Reiſende nach Belieben abweiſen, ſo würde dadurch nicht nur der Zweck, zu welchem ihm die obrigkeitliche Conceſſion gegeben, deſſen Erfüllung mithin als eine conditio tacita anzuſehen iſt, verletzt, ſondern zugleich auch das Anrecht, das der Reiſende als ſolcher auf das Gaſthaus hat. Um ſo mehr iſt dies der Fall, wo die Obrigkeit an einem Orte nur eine beſtimmte Anzahl von Gaſthöfen duldet, wo alſo, je weniger der Gaſthöfe ſind, deſto mehr der Reiſende, ſtände es in dem Belieben der Gaſtwirthe ihn aufzunehmen oder abzuweiſen, Gefahr liefe, unter freiem Himmel campiren zu müſſen. Selbſt von dem Geſichtspunkt eines Privilegiums aus, würde man die beliebige Abweiſung eines Reiſenden als einen Mißbrauch der ertheilten Conceſſion anſehen können, die gerade zu einem entgegengeſetzten Zwecke gegeben ward. Daß dieſer Zweck erfüllt werde, darüber zu wachen ſteht unſtreitig der Obrigkeit, als der Ertheilerin des Privilegiums, zu.

Gehen wir nun nach dieſen allgemeinen Vorbemerkungen auf die beſonderen provinciellen Beſtimmungen über, um zu ſehen, in wie weit dieſelben eine Beſtätigung des bisher Angeführten enthalten. Im Weſentlichen ſtimmen die Liv-, Eſth- und Curländiſchen polizeilichen Verordnungen über dieſen Gegenſtand mit einander überein. Die Livländiſchen behandeln ihn jedoch ausführlicher, und ſind ſchon deshalb vorzugsweiſe in näheren Betracht zu ziehen[31]. Wir finden hier zunächſt eine Königl.

31) Die Eſthländiſchen und Curländiſchen Verordnungen

Schwed. Reſolution vom 31. October 1662[32]), worin es heißt:

§. 11. Die freie Schüßung in Livland invalidiren J. K. M. gänzlich, und beordern dahero hiemittelſt den General-Gouverneurn, ſelbige hinkünftig abzuſchaffen; dagegen hat ſich die Ritterſchaft und der Adel mit dem General-Gouverneuren dahin zu vereinigen, daß bequeme Krüge auf denen Landwegen angebauet werden, woſelbſt man allezeit gewiſſe Pferde in Verpflegung, vor Bezahlung zur Reiſebeförderung dererjenigen, ſo auf dem Wege begriffen ſind, finden möge.

Zwar behauptet v. Buddenbrock[33]), daß dieſe Beſtimmung gegenwärtig nicht mehr zur Anwendung komme, nachdem ſpäterhin beſondere Poſtirungsanſtalten in Livland eingeführt worden; allein für unſern Zweck iſt das gleichgültig, da jedenfalls aus der betreffenden Verordnung hervorleuchtet, wie durch Anlegung bequemer Krüge geſetzlich für das Intereſſe der Reiſenden geſorgt werden ſolle. Weiter heißt es in den Livländiſchen Landesordnungen v. J. 1668. Abſchn. VII.[34])

Wie unter andern Polizeiordnungen auch dieſe nicht vor die geringſte zu halten iſt, daß ſowol der

---

finden ſich an den in der vorhergehenden Note angeführten Stellen.

32) Sammluug der Geſetze, welche das heutige Livländiſche Landrecht enthalten. Kritiſch bearbeitet (von J. G. v. Buddenbrock). Bd. II. Abtheilung 1. (Riga, 1821. 4.) S. 280.

33) v. Buddenbrock a. a. O. S. 289.

34) Ebendaſ. S. 587.

Frembde als Einheimiſche forderſt auf ſeine Reiſe im Lande, in denen Krügen und Stadollen mit Nothdurft und Bequemlichkeit verſehen werden möge, zumal es die tägliche Erfahrung bisher bezeiget, daß durch den neulichſt entbrandten Krieg, die meiſten Krüge und Stadollen im Lande zerfallen, und noch nicht recht dergeſtalt wieder angefertiget ſind, daß der reiſende Mann mit bei ſich habenden Pferden und Wagen ſicher und trucken darin ſtehen, auch vor ſein Geld etwas bekommen könne, ſo werden derowegen hiemit und in Kraft dieſes auch die alten hierinne verfaßten guten Satzungen und Reſolutiones wieder erneuret, dergeſtalt, daß jeder von Adel und jeder Landes Eingeſeſſene, der die Freiheit hat, ſoweit das Seine gehet, Krüge und Stadollen zu ſetzen, dieſelbige auch ſowol in weſentlichem Baue, und unter gutem Dach erhalten, als auch in denſelben vor dem reiſenden Mann Brod, Bier, Brandwein, Haber, Heu und Stroh haben und halten ſoll.

Dieſe Vorſchrift iſt in der Folgezeit wiederholt erneuert und eingeſchärft worden. So ſollen namentlich, nach dem Patente des Livl. Generalgouvernements vom 5. April 1745[35]), „diejenigen, welche Krüge zu bauen und zu halten berechtigt ſind, ſolche nach der in den Landesordnungen S. 688 befindlichen Vorſchrift, bei willkührlicher Strafe halten." Nach dieſer Vorſchrift

35) Vgl. Nielſen Handbuch zur Kenntniß der Polizeigeſetze Th. 1. Abſchnitt 10 S. 112. II. §. 1.

müſſen die Krüge auf den öffentlichen Heerſtraßen, mit guten Stabollen, Stuben und Kammern für die Bauern und gemeinen Leute und Pferde verſehen ſein. Sie ſollen in guter Reparatur und unter gutem Dach gehalten werden. Ueberdem ſoll bei den Krügen noch ein Gebäude mit Stuben, Kammern, Schornſteinen, Kaminen, Oefen für die Reiſende nebſt guter und bequemer Stallung befindlich ſein, und in den Krügen ſollen gute Deutſche oder andere Krüger, die den Krügen gebührend vorſtehen können, geſetzt werden. Alle Krüge ſollen mit der nöthigen Proviſion an Haber, Heu und anderm Nothwendigen für den Reiſenden verſehen ſein, widrigenfalls ſie mit 10 Rthlr. Strafe jedesmal bei etwaniger Viſitation belegt werden ſollen.

Sind nun dieſe Anordnungen unzweideutig zum Beſten des Reiſenden getroffen, ſo muß derſelbe auch ſeiner Seits ein Recht darauf haben. Er darf daher, wo dieſen Anordnungen nicht Folge geleiſtet iſt, ſich beſchweren, und auf Beſtrafung dringen. Ausdrücklich heißt es in den erwähnten Landesordnungen von 1668:

> Wenn aber derjenige, der die Freiheit (Krugsberechtigung) hat und obgeſetzter Maßen ſeine Krüge und Stabollen nach publicirter dieſer Ordnung inner Jahr und Tag nicht fertig hält, und deſſen durch den Ordnungsrichter und den Reiſenden überwieſen wird, ſo ſoll er jedesmal auf zehn Reichsthaler, halb ad pios usus, und halb dem Ritterhauſe zu erlegen, verfallen ſein.

Sollte nun wohl der Reiſende, der, wenn er nicht in der gehörigen Weiſe aufgenommen wird und den Krug

mit den geſetzlich vorgeſchriebenen Bequemlichkeiten nicht verſehen findet, ein Klagerecht hat, ſich gänzliche Abweiſung gefallen laſſen müſſen? Sollte er, der für ſeine Pferde Stallung und Futterung zu fordern berechtigt iſt, nicht auch für ſeine Perſon Obdach und Speiſe verlangen können?

Man wird vielleicht einwenden, daß dieſe für Krüge auf dem Lande erlaſſenen Beſtimmungen auf Gaſthöfe in den Städten nicht anzuwenden ſeien. Die Errichtung der erſteren ſei geſetzlich geboten, die der letzteren dagegen nicht. Vielmehr begnüge ſich das Geſetz, denen, die wenngleich nach eingeholter obrigkeitlicher Conceſſion[36],

---

36) In der für alle Städte des Ruſſiſchen Reiches, mit Ausnahme von St. Petersburg und Moskau, erlaſſenen Allerh. Verordnung vom 14. März 1821 heißt es §. 17 ausdrücklich: „Anlangend aber die Gaſthäuſer, Reſtaurationen, Kaffeehäuſer und Garküchen, ſo kann ein und dieſelbe Perſon mehrere dieſer Nahrungen von einer oder verſchiedener Art halten, nur muß für jede Nahrung ein beſonderer Bewilligungsſchein ertheilt werden.“ Dieſer Bewilligungsſchein muß nach §. 50 derſelben Verordnung jährlich gegen Entrichtung einer beſtimmten Abgabe erneuert werden: „Die Termine zur Acciſeentrichtung und zum Empfange der Bewilligungsſcheine, welche jährlich zu erneuern ſind, werden vom 1. November bis zum 1. December feſtgeſetzt.“ In derſelben Verordnung wird außerdem feſtgeſetzt §. 53: „Der Ablauf der jährlichen Friſt eines Bewilligungsſcheines nimmt dem Nahrungsinhaber nicht das Recht, dieſes Gewerbe in der ihm bewilligten Nahrungsanſtalt fortzuſetzen; ſondern er kann im Gegentheil dieſes Recht, ſo lange er es ſelbſt wünſcht, beſtändig und ununterbrochen genieſsen, nur muß er vor Antritt eines jeden Jahres den in ſeinen Händen befindlichen Schein zu der in §. 50 dieſer Verordnung beſtimmten Zeit erneuern.“ Eine dieſem § angehängte Anmerkung fügt hinzu: „Es verſteht ſich von ſelbſt, daß derjenige, von dem man geſetz-

ſo doch aus freiem Willen, einen Gaſthof eröffnet, gewiſſe Verbindlichkeiten aufzuerlegen. — Allein der Unterſchied, der allerdings bei der Begründung der beiden Verhältniſſe obwalten mag, iſt für die Beantwortung unſerer Frage von keinem erheblichen Einfluß. Die Verpflichtungen des Krügers wie des Gaſtwirths ſind im Allgemeinen dieſelben. Wenn auch dieſen letzteren das Geſetz vorſchreibt[37]), gehörig eingerichtete Zimmer, ſo wie ſonſtige für die Bequemlichkeit der Reiſenden erforderliche Bedürfniſſe ſtets in Bereitſchaft zu halten, ſo müſſen wir in gleicher Weiſe daraus ein Anrecht des Reiſenden darauf herleiten. Demnach tragen wir kein Bedenken auch polizeirechtlich eine Zwangsverbindlichkeit des Gaſtwirths, den Reiſenden aufzunehmen, zu behaupten. Hiemit ſtimmen nicht

---

widrige Handlungen und Nichterfüllung ſeiner Verpflichtung, in Bezug auf den Nahrungsbeſitz der Anſtalt, bemerkt, als ein unzuverläſſiger Menſch dieſes Recht nicht genießen kann."

37) So heißt es in der angeführten Verordnung vom 14. März 1821. §. 32: „Die, den Gaſthäuſern beſtimmten, beſonderen Zimmer müſſen in verſchiedene, mit Nrn. bezeichnete Abtheilungen geſchieden, anſtändig meublirt, und mit Betten zum Uebernachten, ſo wie mit allen Bequemlichkeiten zum ruhigen Wohnen verſehen ſein;" desgleichen in §. 36: „Den Inhabern der Gaſthäuſer, Reſtaurationen, Kaffeehäuſer, Traiteurs und Garküchen wird zur unfehlbaren Pflicht gemacht, daß die von ihnen verkauft werdenden Eßwaaren aus friſchen Beſtandtheilen, und die, jenen Nahrungsanſtalten geſtatteten Getränke von guter Beſchaffenheit, ohne jede Beimiſchung, und von derſelben Güte ſind, wie ſie an den zu ihrem Verkaufe beſtimmten Orten eingekauft worden." Endlich in §. 90. Nr. 3: Die Stadtpolizei hat darauf zu ſehen, „daß in den Gaſthäuſern die beſonderen Zimmer für Reiſende in gehörigem Stande ſich befinden, und daß ſowohl in dieſen Wirthshäuſern, als in allen andern Nahrungsanſtalten, die möglichſte Reinlichkeit und Sauberkeit beobachtet werde."

nur namhafte ältere[38]), wie neuere[39]) Polizeirechtslehrer, ſondern auch einzelne Landes- und Polizeiordnungen[40]) überein.

Eine andere Frage aber iſt freilich, **wie weit** dieſe Verbindlichkeit reiche. Daß **factiſche** Unmöglichkeit der Erfüllung den Gaſtwirth entſchuldige, ſo namentlich wenn alle Zimmer des Gaſthauſes bereits beſetzt ſind, verſteht ſich von ſelbſt. Der Grundſatz des Römiſchen Rechts[41]) „impossibilium nulla obligatio est" kommt hier zur Anwendung. Dabei kann es natürlich keinen Unterſchied machen, ob z. B. ſämmtliche Zimmer des Gaſthauſſes bereits wirklich beſetzt, oder im Voraus von noch nicht eingetroffenen Reiſenden beſtellt worden ſind, denn der

---

38) So **Bernhard von Rohr**, vollſtändiges Haushaltungsrecht. Buch IX. cap. VII. §. 2. Leipzig 1716. **Heumann**, initia iuris politiae Cap. XXXI. §. 258. Nürnberg 1757.

39) **Hagemann**, Handbuch des Landwirthſchaftsrechts. Abſchnitt 4. Cap. 7. §. 68. Hannover 1807. **Eſchenmayer**, Lehrbuch über das Staatsöconomierecht. Bd. II. §. 687. Frankfurt a. M. 1809.

40) So heißt es in der Brandenburger Polizeiordnung von 1561. Art. 3: „welcher Gaſtwirth nicht geſchickt wäre, ſeine Gäſte zu bewirthen, oder **ſich des Herbergens weigern würde**, ſoll uns 10 Fl. zur Strafe verfallen ſein;" desgleichen in der Meklenburger Polizeiordnung von 1572 Tit. 32: „ſo wollen und befehlen wir —— daß ſie zur Nachrichtung des fremden wandernden Mannes, Zeichen oder Schilde aushängen, oder über die Thüren ſchlagen, ſich mit Lager, Vorrath und Nothdurft gefaßt machen, und die wandernden Leute, ſie kommen zu Roß, Wagen oder Fuß, einnehmen und herbergen. und **dieſelben nicht zu andern Leuten verweiſen**, es wäre denn daß ſie allbereit ſo viel Gäſte hätten, daß ſie die nicht annehmen könnten. Vergl auch Curſächſiſche Polizeiordnung Titel 12.

41) L. 185. D. de R. I.

Wirth darf dann über dieſelben nicht mehr frei disponiren, daher er unzweifelhaft, kommt der angemeldete Reiſende nicht, gegen denſelben eine Entſchädigungsklage hat. Seine eigenen Wohnzimmer den Reiſenden zu überlaſſen, kann der Wirth eben ſo wenig gezwungen werden, als er berechtigt iſt, über Zimmer, die er bereits andern abgetreten, oder beſonders, ſei es für längere Zeit oder für einen vorübergehenden Zweck, für eine Abendgeſellſchaft, Ball, Concert u. dgl. vermiethet hat, zu verfügen. Guyet[42]) redet auch von einer moraliſchen Unmöglichkeit. Was er hier darunter verſtehe, iſt freilich etwas undeutlich. Vielleicht wollte er damit andeuten, daß es für manche Fälle geſetzlich unterſagt iſt, die Reiſenden aufzunehmen. Verbote dieſer Art kommen allerdings in den verſchiedenen Landespolizeiordnungen vor. Wir beſchränken uns hier billig vorzugsweiſe auf die einheimiſch provincialrechtlichen Beſtimmungen.

Die mehrerwähnte Verordn. v. 14. März 1821 ſchreibt vor:

§. 28: Der Eintritt in die Gaſthäuſer, Reſtaurationen, Kaffeehäuſer und Traiteurs, wird Jedem in anſtändiger Kleidung und von äußerlich gutem Ausſehen geſtattet. Dahingegen ſind Soldaten und Leute in Bedientenkracht in die Anſtalten nicht einzulaſſen. Den Frauensleuten wird auf gleiche Weiſe nur der Eintritt in die Traiteurs unterſagt.

42) Guyet a. a. O. S. 52. Soll etwa damit geſagt ſein, daß abweichende moraliſche Ueberzeugung den Gaſtwirth zur Abweiſung des Reiſenden berechtigt? z. B. wenn der erſtere ein Pietiſt, der andere ein Atheiſt oder Rationaliſt u. ſ. w.: der erſtere ein Schweizer und der letztere Dr. Strauß wäre?

3*

Beim erſten Anblick ſcheint hierin allerdings ein allgemeines, für unſre Frage wichtiges Verbot ausgeſprochen zu ſein. Soldaten und Leute in Bediententracht ſollen in „dieſe Anſtalten nicht eingelaſſen werden" wohin bei der Allgemeinheit des Ausdruckes auch die Gaſthäuſer gerechnet werden müſſen. Indeß kann dies der Sinn des Geſetzes nicht ſein, da man reiſenden Soldaten und Bedienten nicht zumuthen wird, den letzteren noch dazu getrennt von ihren Herren, der ihrer bedarf, unter freiem Himmel zu campiren. Das für Soldaten und Bediente ausgeſprochene Verbot iſt demnach wol nur auf den Beſuch von Kaffeehäuſern und Traiteurs zu beziehen. Dafür ſprechen auch die gleich darauf folgenden Worte „den Frauensleuten wird auf gleiche Weiſe nur der Eintritt in die Traiteurs unterſagt; da das Geſetz wohl ſchwerlich allen Frauen den Zutritt in Gaſthöfen verſchließen wollte. So reducirt ſich für unſere Frage der Inhalt der vorliegenden Vorſchrift darauf: „daß Jedem in anſtändiger Kleidung und von äußerlich gutem Anſehen der Eintritt in den Gaſthäuſer geſtattet ſei." Es fragt ſich aber, ob ſelbſt aus dieſen Worten ein geſetzliches Verbot hergeleitet werden könne, ſo daß der Gaſtwirth, der gleichwohl einen Reiſenden von nicht eben äußerlich ſehr empfehlenswerthen Anſehen aufgenommen, als Uebertreter des Geſetzes, der im §. 62 angeordneten Strafe verfiele?[43]) Wir glauben nicht. Vielmehr dürfte der Gaſtwirth auch zur Aufnahme ſolcher Reiſenden verpflichtet

43) Hier heißt es: „Von dem Inhaber eines Gaſthauſes, einer Reſtauration, eines Kaffeehauſes und Traiteurs, welcher

ſein, da die Annahme des Gegentheils ſich ſchwerlich mit allgemeinen Rechtsprincipien, ſo wie mit der öffentlichen Beſtimmung der Gaſthäuſer vereinigen laſſen möchte. Demnach ſind wir der Anſicht, daß in dem §. 28 der Gaſthäuſer entweder aus Verſehen Erwähnung geſchehen, oder daß damit weniger das Gaſthaus, ſofern es zur Aufnahme von Reiſenden, als vielmehr ſo fern es Reſtauration für ſolche iſt, die nicht gerade dort logiren wollen, gemeint, und in dieſer letzteren Beziehung der Zutritt zu demſelben denen, die nicht in anſtändiger Kleidung und von äußerlich gutem Anſehen, unterſagt worden ſei. Für die Richtigkeit der erſteren Vermuthung ſpricht der Umſtand, daß bei Aufnahme des §. 28 der Verordnung v. 1821 in den Swod der Ruſſiſchen Geſetze[44]), die Worte „in die Gaſthäuſer" weggelaſſen ſind, und dadurch jenes Verbot der Aufnahme von Soldaten und Leuten in Bedientenkracht, ſo wie derer, die nicht „in anſtändiger Kleidung und von äußerlich gutem Ausſehen" ſind, ausdrücklich auf Reſtaurationen, Kaffeehäuſer und Traiteurs beſchränkt worden iſt.

Ein anderes Verbot ſcheint darin zu liegen, daß nach Allerhöchſten, wiederholt erneuerten Verordnungen Deſerteure, Läuflinge und Paßloſe von Niemand beher-

---

Leute, denen der Zutritt in dieſe Anſtalten unterſagt worden, in ſeine Nahrungsanſtalt einläßt, wird zum Beſten der Stadtcaſſe und zwar für das erſte Mal eine Pön von 10, fürs zweite von 25 und für das dritte Mal eine Pön von 50 Rubel beigetrieben, beim vierten Male hingegen verliert er das Recht zum Halten dieſer Nahrung und wird dem Gerichte übergeben.

44) Swod der Ruſſ. Geſetze über die Vorbeugung der Verbrechen (Bd. XIV) Art. 194.

bergt werden ſollen. Daraus folgt indeß keineswegs eine Berechtigung des Gaſtwirths, dergleichen Perſonen abzuweiſen, vielmehr iſt er wie überhaupt jeder verpflichtet, ſie aufzunehmen, um ſie der Polizei zu überliefern[43]). Daſſelbe gilt von dem Verbot der Aufnahme ſolcher Perſonen in Gaſthäuſer, die, wenn wegen anſteckender Krankheiten Quarantaineanſtalten errichtet ſind, ohne ein Entlaſſungszeugniß aus denſelben, in den Gaſthof aufgenommen zu werden verlangen.

Demnach ergibt ſich, faſſen wir die einzelnen Reſultate der obigen Unterſuchungen zuſammen, daß Gaſtwirthe privat- wie polizeirechtlich zur Aufnahme der Reiſenden verpflichtet ſeien, ſelbſt in ſolchen Fällen, wo ein eigentliches Beherbergen der letztern geſetzlich verboten iſt.

II.

Die Claſſen der Concursgläubiger nach Livländiſchem Landrecht.

Von **Dr. F. G. v. Bunge.**

§. 1.

Einleitung.

Zu den ſtreitigſten und verworrenſten Lehren der Livländiſchen landrechtlichen Praxis gehört ohne Zweifel die von der Ordnung der Gläubiger im Concurſe. Nicht

43) Vergl. die einzelnen Geſetze, welche im Swod der Geſetze über Päſſe und Läuflinge (Bd. XIV.) Art. 364 und 475 u. fgg. angeführt ſind.

nur, daß es über den Vorzug einzelner Gläubiger unter einander und den Umfang ihrer Berechtigung viel des Schwankenden und Streitigen giebt, auch über die Claſſen, in welche die Gläubiger überhaupt zerfallen, iſt man nichts weniger als einig; dazu kommt noch daß ſelbſt in den Grundbegriffen, namentlich über das Weſen der verſchiedenen Arten von Pfandgläubigern, die gröbſten Irrthümer und Verwechſelungen vorkommen; ja es findet ſich ſogar auf die Frage, aus welchen Quellen hier zu ſchöpfen ſei, keine übereinſtimmende Antwort. Es dürfte daher dieſe Lehre vorzugsweiſe einer ausführlichen und gründlichen Reviſion bedürfen, und dazu ſollen in dem Nachſtehenden einige Materialien geliefert werden. Vor Allem ſollen nämlich die Quellen, welche dieſer Lehre zum Grunde zu legen ſind, geprüft und feſtgeſtellt, ſodann die Claſſen der Concursgläubiger, welche ſich daraus ergeben, begründet, und ſchließlich die in dieſer Hinſicht bei den Practikern vorkommenden Abweichungen widerlegt werden. Specielle Erörterungen über alle einzelnen zu jeder Claſſe gehörenden Gläubiger und deren Ordnung unter einander müſſen anderer Gelegenheit vorbehalten bleiben.

§. 2.

Rechtsquellen.

Eine geſchichtliche Entwickelung des Schuldproceſſes nach Livländiſchem Landrecht ſeit den älteſten Zeiten dürfte hier nicht am rechten Orte ſein, vielmehr die Bemerkung genügen, daß mindeſtens ſeit dem Anfange des 17ten Jahrhunderts die Priorität der Concursgläubiger in Livland ohne alle Zweifel nach dem Römiſchen Rechte

und dem gemeinen Deutſchen Rechte überhaupt beurtheilt worden iſt, zumal in den älteren einheimiſchen Quellen, mit Ausnahme einer dem Sachſenſpiegel entlehnten Stelle des mittl. Livländiſchen Ritterrechts über das Privilegium des Geſindelohns [1]), ſich gar keine Beſtimmung über Gläubigerordnung findet. Die Rechtsquellen aus der Zeit der Schwediſchen Herrſchaft ſetzten zwar Mancherlei über die Priorität einzelner Forderungen feſt [2]) ſtellten jedoch keine allgemeine Claſſification der Gläubiger auf. Mit Rückſicht auf jene einzelnen Beſtimmungen entwarf dagegen eine Gläubigerordnung Peter Abrahamſon, der Herausgeber des Schwediſchen Landlags (Stockholm, 1702), in einer ausführlichen Anmerkung zum 22. Cap. des 3ten Titels: von Erbſchaften. Dieſe Anmerkung (e) ging auch in die Deutſche Ueberſetzung der Abrahamſonſchen Ausgabe des Landlags vom J. 1709 über [3]), und wurde, gleich ſeinen übrigen Noten zum Landlag von der landrechtlichen Praxis in Livland als Rechtsquelle recipirt [4]). Sie ſchloß indeß keinesweges die Anwendung des gemeinen Rechts in dieſer Lehre aus, ſondern beide galten nebeneinander, jedoch ſo, daß das gemeine Recht nur als ſubſidiäres betrachtet wurde. Daß auch heut zu Tage die Ordnnng der Concursglaubiger zunächſt nach der Not. e pag. 140 fgg. LL., und in subsidium nach dem

---

1) Mittl. Ritterrecht Cap. 20: „Van dem erve schal men allererste dem gesynde gelden er vordenet lohn, dat em gelavet was etc.“ Quelle: Sachſenſp. I. Art. 22 §. 2.

2) Vergl. unten §. 4.

3) C. F. G. v. Bunge's Liv- u. Eſthl. Privatrecht §. 8.

4) Ebendaſ. §. 9.

gemeinen Recht zu beurtheilen iſt, kann man im Ganzen als unbeſtritten annehmen [5]) denn das Manche ſtatt des gemeinen Rechts nur das Römiſche nennen, iſt offenbar nur einer Ungenauigkeit des Ausdruckes beizumeſſen [6]). Nur von Buddenbrock [7]) weicht in ſoweit ab, als er auch noch das Rigiſche Stadtrecht, und zwar, wie es ſcheint, nach dem gemeinen Recht, als Quelle bei der Claſſification der Gläubiger nach Landrecht angewandt wiſſen will, worin er wohl nicht leicht einen Nachfolger finden dürfte [8]).

Zu den genannten Rechtsquellen kommt noch hinzu die Praxis, welche theils auf Präiudicaten, hauptſächlich des Livländiſchen Hofgerichts, theils auf den Schriften der Practiker — Nielſen, v. Buddenbrock, Samſon v. Himmelſtiern [9]) — beruht.

---

5) C. H. Nielſen's Proceßform in Livland S. 504 fgg., G. J. v. Buddenbrock, Sammlung der Geſetze Bd. II. S. 1041, R. J. L. Samſon v. Himmelſtiern Inſtitutionen des Livländ. Proceſſes §. 1354 fgg.

6) Vergl. v. Bunge a. a. O. §. 14.

7) A. a. O.

8) Ueber die völlige Gehaltloſigkeit der Anſicht von der gegenſeitigen ſubſidiären Anwendung einander coordinirter Rechtsquellen — welche freilich im Allgemeinen auch v. Samſon (über Bunge's Recenſion ſeines Erbrechts. S. 105 Anm.) nicht fremd iſt — vergl. Bunge a. a. O. §. 24. — Eine ganz andere Frage iſt es, in wie fern bei einen Specialconcurſe über ein ſtädtiſches Immobil, welches einem Edelmanne, oder ſonſt einem perſönlich dem Landrecht unterworfenen Individium gehört, das örtliche Stadtrecht zur Anwendung komme. S. Bunge §. 17 a. E. und §. 24.

9) In den oben Anm. 5 genannten Schriften.

§. 3.

Claſſen der Concursgläubiger nach Römiſchem und gemeinem Deutſchen Recht.

Das Römiſch-Juſtinianeiſche Recht ſchloß die Vindicanten und Separatiſten aus dem Concurſe gänzlich, die Pfandgläubiger aber inſofern aus, als es letzteren geſtattet, ihre Befriedigung außerhalb des Concurſes aus dem Pfande zu ſuchen. Es kannte daher nur zwei Claſſen von Concursgläubigern, nämlich ſolche, die ein privilegium exigendi haben, und ſolche, die mit keinem Privilegium verſehen ſind. Das gemeine Deutſche Recht dagegen zog auch die Pfandgläubiger mit in den Concurs hinein, theilte dieſelben — je nachdem ſie privilegirt ſind oder nicht — in zwei Claſſen, und ſetzte beide den chirographariſchen Gläubigern zwar vor, ſprach jedoch einzelnen an ſich bloß chirographariſchen Gläubigern ein ganz beſonderes Privilegium zu, vermöge deſſen ſie den Vorzug ſelbſt vor den privilegirten Pfandgläubigern erhielten [10]. Demnach werden im heutigen gemeinen Recht ſämmtliche eigentlichen Concursgläubiger — mit Ausſcheidung der Vindicanten, Separatiſten und Maſſegläubiger — in folgende fünf Claſſen [11] eingetheilt:

---

10) A. Schweppe, das Syſtem des Concurſes der Gläubiger (3. Ausg. Göttingen 1829. 8.) §. 67.

11) In dieſer Abtheilung ſtimmen die meiſten älteren und alle neueren Lehrer des gemeinen Rechts überein: C. C. Dabelow, Entw. der Lehre vom Concurſe d. Gl. (Halle, 1801. 4.) S. 592, 595 fgg., A. S. Kori, Syſtem des Concursproceſſes (2. Ausg. Lpz. 1828. 8.) B. II. §. 5 fgg, Schweppe a. a. O., F. Mackeldey, Lehrb. des heut. Röm. Rechts (11. Ausg. Gießen 1838. 8.) §. 781 fgg., A. F. J. Thibaut, Syſtem des Pandectenrechts

I. Abſolut privilegirte Gläubiger. Dahin werden unbeſtritten gerechnet die Leichenkoſten, das Geſindelohn, und der Fiscus wegen rückſtändiger Abgaben; von den meiſten Rechtslehrern auch die Koſten der letzten Krankheit des Gemeinſchuldners [12]).

II. Privilegirte Pfandgläubiger. Zu dieſen gehören: der Fiscus wegen einer Primipilarſchuld und wegen Contractsanſprüchen, derjenige, welcher zum Ankauf einer Militia Geld vorgeſchoſſen, die Ehefrau wegen ihres Brautſchatzes, diejenigen, durch deren Crediren eine Sache in das Vermögen des Schuldners gebracht oder demſelben erhalten iſt; Viele ziehen auch den rückſtändigen Kaufſchilling hierher. Unter dieſen Pfandgläubigern genießen einige ſchon eines geſetzlichen, ſtillſchweigenden Pfandrechts, Andere müſſen das Pfandrecht durch ausdrückliche Beſtellung erworben haben.

III. Einfache, nicht privilegirte Pfandgläubiger, ſie mögen nun ein öffentliches oder Privatpfandrecht haben, und das Pfandrecht mag durch das Geſetz oder durch ausdrückliche Beſtellung erworben ſein.

(8. Ausg. Jena, 1834. 8.) §. 807 fgg. C. F. Mühlenbruch, Lehrbuch des Pandectenrechts (2. Ausg. Halle, 1837. 8.) §. 173 C. Martin's Lehrb. des bürgerl. Proceſſes (9. Aufl. Gött. 1830?) §. 323? Vergl. auch J. N. v. Wening-Ingenheim, Lehrbuch des gem. Civilrechts (5. Aufl. München 1837 fg. 8.) §. 204 (35) und 205 a. E., und G. F. Puchta, Lehrb. der Pandecten (Leipz. 1838. 8.) §. 225, vergl. mit §. 193. fg.

12) Sowohl bei dieſer als bei den folgenden Claſſen wird für den vorliegenden Zweck die kurze Angabe der zu jeder gehörigen Gläubiger, und wegen des Details die Verweiſung auf die in der vorhergehenden Anmerkung aufgeführten Schriften genügen.

IV. Privilegirte (mit einem privilegium exigendi verſehene) chirographariſche Gläubiger. Dazu werden gerechnet: Der Fiscus wegen aller nicht ſonſt privilegirten Forderungen, die Braut wegen der Dos, bevormundete Perſonen gegen den Vormund wegen der Adminiſtration, diejenigen, welche zur Wiederherſtellung eines Gebäudes, zum Ankauf, Erbauung oder Ausrüſtung eines Schiffes creditirt haben, diejenigen, welche bei einem Argentarius Geld unverzinslich deponirt haben; Einige wollen auch den Städten, Kirchen und Stiftungen, demjenigen, der das rückſtändige Kaufpretium zu fordern hat, desgleichen wegen aller gerichtlichen und Privat-Depoſita ein privilegium exigendi zugeſtanden wiſſen.

V. Einfache chirographariſche Gläubiger.

§. 4.

Claſſen der Concursgläubiger nach der Nota e pag. 140 fgg. LL.

Nota e. pag. 140 fgg. LL. theilt die Concursgläubiger nicht ausdrücklich in einzelne Claſſen ab, ſondern ſtellt ſie ſchlechthin in einer beſtimmten Reihenfoge hinter einander auf. Wenn man jedoch dieſe Reihenfolge zergliedert, ſo ergiebt ſich deutlich, daß derſelben die gemeinrechtliche Eintheilung in fünf Claſſen zum Grunde liegt. Zum Beweiſe ſoll nachſtehend die angeführte Note des Landlag durchaus wörtlich abgedruckt werden, jedoch ſo, daß Behufs der Ueberſicht der Claſſification durch eingeklammerte Römiſche Ziffern die Claſſen, die einzelnen Forderungen aber (wo dies nicht ſchon vom Verfaſſer der Note geſchah) durch eingeklammerte Arabiſche Ziffern bezeichnet

werden a). Es iſt nur noch zu bemerken, daß, wie das gemeine Recht, ſo auch die Note e die Vindicanten und und Separatiſten ausſcheidet, bevor ſie zu den eigentlichen Concursgläubigern übergeht. Sie lautet nun vollſtändig ſo:

„Alles, was unter eines Debitoris Gut befunden wird, das demſelben nicht vollkommen zugehörig iſt, das wird von dem übrigen Eigenthumb abgeſondert, wann es noch verhanden iſt, und dem rechten Eigenthümer deſſelben wieder zugeſtellet, als

(1) niedergelegt (Depositum) oder ſonſt anvertrautes Gut;

(2) zu Pfande geſetztes Gut; Jedoch daß der Pfandſchilling erleget werde;

(3) Gut, ſo jemand geſtohlen ſeyn kann;

(4) Pathen-Geld oder Geſchenk;

(5) des unverſchuldeten Ehegatten unbeweglich Erb- und Antenuptial-Güter.

Iſt aber ſolches nicht mehr alda zu finden, ſo bekombt der Eigenthümer das Seinige, nachdem er für ſein Recht vigiliret hat.

(Claſſe I.) Nach dieſſen müſſen

(1) zu erſt die Begräbniß-Koſten beſtanden werden. Und hernach

(2) Das Artz-Lohn und Bezahlung der Medicamenten, ferner kommen

(3) die, welche mit den Debitoren in ungetheilter Massa ſtehen, als wegen Compagnie, Handel oder Gemeinſchaffts-Gut (bona socii),

(4) des unverſchuldeten Ehegatten Eheliches Recht und Antheil aus der Massa (portio statutaria uxoris vel mariti),

(5) Eingebrachte Mitgabe, wenn die Eltern, welche ſelbige gegeben, annoch im Leben ſind, oder

(6) einſtehende Erbſchafft,

---

14) Um die Ueberſicht nicht zu erſchweren, werden hier die Citate zu den einzelnen Sätzen der Note weggelaſſen.

und kann keines von dieſen ob ſpecificirten exequiret werden, wenn etwa die Execution über die Debitoren ergehen ſoll.

(Claſſe II.) Nach dieſen kommen diejenige, welche privilegirte Pfandrechte in Händen haben, jedoch ein jedweder in ſeinem Pfande; als

(1) der zu den Einkünften aus Debitoris Zinßpflüchtigem Lande berechtiget iſt;

(2) der ſeinen zu Arbeitung eines Bergwerkes gethanen Vorſchuß, aus der von ſelbigem Vorſchuß gefloſſenen Nutzung fordert.

(3) der die Schiffs-Heure, aus der in dem Schiffe noch übrig gebliebenen Ladung fordert.

(4) Der Geld vorgeſtrecket hat, ein Schiff damit zu bauen, oder zu repariren, oder Schiffs-Volk damit zu bezahlen und zu unterhalten, oder auch dergleichen auff das Schiff hafftende Schulden, damit zu entrichten; und ſeine Zahlung nun dafür aus dem Schiffe ſelbſt fordert; Jedoch daß die letztere Vorſtreckung in ſolchem Fall vor der erſtern den Vorzug haben möge.

(5) Item der, ſo wegen vorgeſtreckten Bodmerey-Geldern auff das Schiff Praetension macht, jedoch müſſen die jüngern Bodmerey-Brieffe vor den ältern, und Biel-Brieffe vor der Bodmerey Brieffen, den Vorzug haben.

Dieſe alle kan keiner von ihren privilegirten Pfändern, ſo lange ein ſolch Pfandt noch behalten iſt, treiben. Nach dieſem kommen

(6) Die Wayſen-Gelder, welche bei dem Verſchuldeten, als Vormund, einſtehen geblieben, und müſſen dieſe vor andern des Debitoris Schulden executive entrichtet werden.

(Claſſe III.) Hernach kommen die, welche ſonſt ein Pfandrecht in des Debitoris Eigenthumb haben, entweder durch eine Verſchreibung, die inprotocolliret worden, oder durch Beſitz und Inhabung des Pfandes,

oder auch ſonſten durch Verfügung der Rechte, (ex dispositione legis) zum Exempel,

1mo. in Schulden, welche aus den großen Commission-Urtheilen nach Annum 1680 herrühren. (Not. wegen anderen Praetensionen aber, die der König von ſeinen Schuldenern zu fordern hat, wird die Praeference von der Zeit angerechnet, da in des Debitoren Eigenthumb Verſicherung geſchehen, welches auch in Schulden, ſo ein Kirchen-Gevollmächtigter wegen vorgeſtreckte Kirchen-Mittel von jemand zu fordern hat, observiret wird).

2do. Schulden bei Königlichen oder adelichen Bedienten, wegen administrirter Herrſchaffts-Mittel,

3tio. Schaden-Stand, wegen deſſen, ſo aus ungetheiltem Walde und Buſche gehauen (gefället) und abgeführet worden,

4to. Schulden die von Schiffs- und Hauß-Heure herrühren,

5to. Schuld wegen Koſt-Haltung, (Koſt-Gelder)

6to. Schulden worauf man Urtheile genommen,

7mo. Schuld welche inprotocolliret worden. Hiebey iſt doch zu observiren, daß die Inprotocollirung, ſo jemand nach des Debitoris Abſterben, und nachdem es öffentlich kund worden, daß die Schulden ſich höher, als ſein Eigenthum erſtrecken, hat geſchehen laſſen, gantz kein Vorzugs-Recht mit zu wege bringet. Von welcher Beſchaffenheit auch ſeynd die Inprotocollirungen, welche nach dem der Debitor wiſſentlich (notorie) fallit geworden, und ſich unſichtbar gemachet, bewerckſtelliget werden.

8vo. Selbige Bewandnüß hat es auch mit einem Gut, worauff jemand Sequestration erhält, und ſolches inprotocolliren läſſet, oder worin man immittiret worden, oder auch ſonſten einen Arrest darauff gewonnen.

(9) Thut auch jemand einen Vorſchuß, zu Betreibung eines Bergwerckes, ſo hafftet auch das Bergwerck (Brük) ſelbſt dafür.

Unter den Pfandhaltern wird auch allemal inacht ge-

nommen, daß wer das älteſte Recht hat, ſelbiger auch das Seinige vor den andern auskomme.

(Claſſe IV.) Von dem was noch übrig in Massa verbleibet, bekommen

(1) ſo wohl die jenige, welche wegen Wechſels zu fordern haben, als auch

(2) die, welche von den Handwercks-Häuſern ſind, und etwas ſo davon herflieſſet, zu fordern haben.

(Claſſe V.) Bleibt ferner was übrig, ſo theilet man ſolches zwiſchen den andern Creditoren, und gehet von dem einen ſo viel, als von dem andern proportionaliter ab, nemlich von der einen Mark ſo viel, als von der andern. Jedoch daß alles, was vom Wuchern (Usuris) hergefloſſen, das wenigſte Recht behalte: Es wäre denn verſchrieben Interesse, welches gleicher Geſtalt, wie das Capital, erleget werden muß."

§. 5.

Claſſification der Concursgläubiger nach der Praxis.

Es iſt nicht der Zweck dieſer Abhandlung, in eine Critik des Einzelnen in der eben zergliederten Nota e des LL. einzugehen[14], daher hier ſowohl die Prüfung der Richtigkeit und Begründung der *einzelnen* Angaben *Abrahamſon's*, als auch die Frage über die Anwendbarkeit des *Einzelnen* für Livland bei Seite geſetzt wird. Könnte in dieſen Beziehungen auch Manches einem Bedenken unterworfen werden, ſo dürfte doch ſo viel als ganz unzweifelhaft erſcheinen, daß unſere Note fünf Gläubigerclaſſen unterſcheidet, die den gemeinrechtlichen vollkommen entſprechen. Keinem Unbefangenen kann es entgehen, wie ſelbſt die Ausdrücke, mit denen die

14) S. oben §. 1. a. E.

Darſtellung der einzelnen in der obigen Gliederung angegebenen Claſſen:

„Nach dieſen (Vindicanten ꝛc.) müſſen zuerſt die Begräbnißkoſten ꝛc.“

„Nach dieſen kommen diejenige, welche privilegirte Pfandrechte — haben ꝛc.“

„Hiernach kommen die, welche ſonſt ein Pfandrecht — haben ꝛc.“

„Von dem was noch übrig — verbleibet,“

„Bleibe ferner was übrig“ —

beginnt, ganz unzweideutig Hauptabſchnitte der Claſſification bezeichnen. Um ſo auffallender iſt es daher, daß unſere Practiker, dieſe Andeutungen nicht achtend oder verkennend, in ihren Claſſificationen auf heilloſe — hoffentlich aber nicht unheilbare — Irrthümer, Inconſequenzen und Widerſprüche gerathen ſind. Daß dieſer Vorwurf auch die Claſſificationsurtheile des Livländiſchen Hofgerichts trifft, ſoll hiemit übrigens keineswegs ausgeſprochen ſein, und zwar aus dem Grunde, weil dem Verfaſſer keine vollſtändigen Erkenntniſſe der Art vorliegen, er aus denſelben vielmehr nur Einzelnes nach den Citaten in den Schriften der Practiker, beſonders v. Samſon's, kennt. Gegen die Darſtellungen dieſer practiſchen Juriſten iſt daher die nachfolgende Polemik ausſchließlich gerichtet, und zwar ſoll mit der Nielſen'ſchen, als der älteſten unter den drei oben (§. 2 a. E.) erwähnten, der Anfang gemacht werden.

§. 6.

Claſſification der Gläubiger bei Nielſen.

C. H. Nielſen [15]) ſcheidet von den Concursgläubigern die Gläubiger der Maſſe [16]) und die Vindicanten [17]) ausdrücklich aus, und theilt die eigentlichen Concursgläubiger in folgende Claſſen:

1., privilegirte Forderungen. Es werden hierunter 15 Nummern nur die „vorzüglich" dahin gehörenden Forderungen aufgeführt [18]), und unter dieſen kommen, außer den gemeinrechtlichen und in der Nota e LL. bezeichneten, vor:

a) Maſſegläubiger, nämlich unter Nr. 1 die Concurskoſten [19]), und dann noch beſonders unter Nr. 12 „die ſämmtlichen Canzleigebühren, — — die dem ganzen Concurs zum Beſten gereichen ꝛc."

b) Separatiſten: unter Nr. 7 die „väterlichen Schulden des Debitors, diejenigen Schulden, die auf das Gut ingroſſirt waren, ehe noch der Gemeinſchuldner Eigenthümer davon geworden iſt ꝛc." [20]).

---

15) Proceßform in Livland §. 574 fgg. Auch ſchon im §. 554 werden die verſchiedenen Arten der Concursgläubiger, und zwar in einer Reihenfolge, die von der im §. 576 angegebenen etwas abweicht, aufgezählt, ohne daß ſie jedoch hier in beſtimmte Claſſen getheilt wären.

16) A. a. O. §. 553 u. 555. Deſſen ungeachtet werden im §. 577 die auf den Concurs verwandten Koſten in die erſte Claſſe der „privilegirten Forderungen" geſetzt.

17) Dieſe werden in den §§. 556 und 575 von einander abweichend zuſammengeſtellt (an der letzteren Stelle bloß nach der Nota e pag. 140 LL.), und unter ihnen auch Separatiſten, ohne ſie zu unterſcheiden, aufgeführt.

18) A. a. O. §. 577.

19) S. oben Anm. 16.

20) Vergl. Schweppe a. a. O. §. 69.

c) Privilegirte Pfandgläubiger: unter Nr. 8 „diejenigen Gelder, die sub hypotheca speciali zum Ankauf des Gutes dem Gemeinſchuldner geliehen worden ſind,“ und unter Nr. 11 „diejenigen Gelder, die den Creditores zum Beſten zur Melioration oder Unterhaltung des Guts des Gemeinſchuldners verwandt worden ſind“. Ja, es rechnet Nielſen zu den privilegirten Gläubigern ſelbſt

d) unter Nr. 9 „diejenigen, die ein ſpecielles Unterpfand (Kaſtenpfand) vom Schuldner in Händen haben,“ und

e) unter Nr. 15 „die reſtirenden Kron-Arendegelder“ (Pachtſchilling für Domainen), während er ſelbſt nicht lange darauf richtiger das Gegentheil behauptet[21]).

Dieſe Widerſprüche und Verſtöße liegen zu klar am Tage, als daß ſie noch einer mehr ausgeführten Widerlegung bedürften. Noch gröbere Verſündigungen gegen alle Rechtsbegriffe läßt ſich Nielſen[22])

2., bei der zweiten Claſſe zu Schulden kommen, wohin er diejenigen rechnet, „welche hypothecam publicam haben,“ und zu denen nach ihm nicht nur unter Nr. 1 „diejenigen, die ihre Forderungen gehörig ingroſſiren laſſen“ gehören, — welches ja eben allein die öffentlichen Hypothecarien ſind, — ſondern auch unter Nr. 2 „alle diejenigen, welche hypothecam tacitam legalem haben,“ unter Nr. 3 „die

21) A. a. O. §. 607: „Die Krone hat in Concursſachen kein Vorzugsrecht vor anderen Creditoren, außer gegen ihre Officianten und Adminiſtratoren. Auch gebührt der Krone und dem Fiscal aus einer Anforderung ex contractu keine Präference vor den Creditoren, die ihre Forderungen ingroſſiren laſſen“ ꝛc.

22) A. a. O. §. 578.

Forderungen der Reichsbank" (?), unter Nr. 4, „die Ehegattin in Rückſicht ihres Brautſchatzes"[23]), und mehrere andere, mit einer ſtillſchweigenden Hypothek verſehene Gläubiger. Dann heißt es ferner[24]): unter die Creditores, die eine hypothecam publicam haben, werden auch diejenigen gerechnet und haben gleiches Recht, die ein pignus particulare von ihren Schuldnern haben." Nachdem hierauf einiges Allgemeine über das „pignus particulare" — worunter er die Specialhypothek verſteht — bemerkt worden, werden einzelne Fälle aufgeführt, in denen dem Gläubiger eine (ſtillſchweigende) Specialhypothek zuſteht, darunter auch wieder ſolche, die ſchon in der erſten Claſſe unter den privilegirten Gläubigern genannt wurden. — Man möchte — zu Nielſen's Rechtfertigung — geneigt ſein, anzunehmen, daß er mit der Benennung „hypotheca publica" eine „privilegirte" Hypothek habe bezeichnen wollen. Allein dem iſt nicht ſo! Denn man lieſt im §. 580, als Uebergang zur dritten Claſſe, die Worte: „Wenn nun die Creditores privilegiati und publici (scil. hypothecarii) oder (sic!) legales, und diejenigen welche ein ſpecielles Pfand beſitzen, befriedigt ſind ꝛc." — und ſchon früher heißt es bei ihm wörtlich alſo: „§. 436. Hypothecariſche Gläubiger ſind diejenigen, denen wegen ihrer Forderung eine Hypothek verſchrieben worden iſt. Sie ſind entweder Hypothecarii publici (legales) oder Hypothecarii iudiciales. §. 437. Die Hypothecarii publici oder legales ſind ſolche Gläu-

23) Dieſe paradirt übrigens auch im §. 577 in der erſten Claſſe unter № 13.

24) A. a. O. §. 579.

biger a. die entweder nach den Geſetzen eine ſpecielle Präferenz genießen, oder einen ſtillſchweigenden Vorzug vor den übrigen Gläubigern haben, b. oder die zu rechter Zeit und bei gehörigem Gerichte ihre Forderungen haben ingroſſiren und inprotocolliren laſſen. §. 438. Die Hypothecarii legales oder publici haben im Concurs bei der Claſſification den Vorzug vor allen (sic) anderen Gläubigern ꝛc." Man überzeugt ſich hieraus nur zu deutlich, daß Nielſen — ein angeſehener practiſcher Rechtsgelehrter Livlands — drei von einander weſentlich verſchiedene, einander zum Theil ausſchließende Rechtsbegriffe — öffentliches, privilegirtes nnd ſtillſchweigendes oder geſetzliches Pfandrecht[25]) mit einander verwechſelt, ſie für gleichbedeutend genommen hat![26]).

---

25) Man dürfte eigentlich, nach §. 579 (ſ. d. vor. Anm.), auch noch 4) das ſpecielle oder von ihm ſogenannte particulare Pfandrecht hinzufügen.

26) Es könnte an dieſem einfachen Nachweis genügen, wenn nicht der Umſtand, daß Nielſen in ſeinen Irrthümern Nachfolger gefunden hat (ſ. unten §. 7 und 8), den Beweis lieferte, daß dieſe Begriffsverwechſelungen von einzelnen — wir wollen hoffen wenigen — unſerer Practiker adoptirt worden ſind. Um dieſer willen dürfte es nicht undienlich ſein, die verſchiedenen Arten des Pfandrechts in aller Kürze zu erläutern. Jedes Pfandrecht wird entweder durch Privatwillkür begründet, und heißt dann ein freiwilliges Pfandrecht (pignus voluntarium), — oder nicht: unfreiwilliges oder nothwendiges Pfandrecht (pignus necessarium). Das freiwillige oder ausdrücklich beſtellte Pfandrecht hat ſeinen Grund entweder in einem Vertrage (vertragsmäßiges Pfandrecht, pignus conventionale), oder in einem Teſtamente (teſtamentariſches Pfandrecht). Das unfreiwillige oder nothwendige — ohne des Schuldners Willen entſpringende — Pfandrecht entſteht entweder durch Anordnung des Richters (richterliches Pfandrecht, pignus iudiciale, bei Immobilien

3. Zur dritten Claſſe rechnet Nielſen die hypothecarii iudiciales, und ſtellt ihnen die antichretiſchen Pfand-

Immiſſion genannt) — oder des Geſetzes (geſetzliches oder ſtillſchweigendes Pfandrecht, pignus legale s. tacitum). — Auf ganz andern Gründen, als die eben erwähnten, beruhen die folgenden Eintheilungen des Pfandrechts: 1) in öffentliches und Privatpfandrecht (pignus publicum et privatum), indem unter jenem das in die Gerichtsbücher (Hypotheken- oder Pfandbücher) eingetragene (ingroſſirte, inprotocollirte) Pfandrecht, unter dieſem jedes andere verſtanden wird; 2) in ſpecielles (nicht particuläres) und generelles oder Univerſal-Pfandrecht (pignus speciale et generale s. universale), je nachdem es eine einzelne Sache oder das Geſammtvermögen des Schuldners umfaßt; 3) in privilegirtes und einfaches Pfandrecht (pignus privilegiatum et simplex), je nachdem es im Gläubigerconcurſe ein beſonderes geſetzliches Vorzugsrecht genießt oder nicht; 4) in Fauſtpfand (Kaſtenpfand) und Hypothek, je nachdem der Gläubiger den Beſitz der verpfändeten Sache hat, oder nicht. — Es ergiebt ſich hieraus, daß jedes Pfandrecht, ohne Rückſicht auf ſeinen Entſtehungsgrund, durch Eintragung in die Gerichtsbücher, Ingroſſation (der Regel nach jedoch nur mit Einwilligung des Schuldners) zum öffentlichen Pfandrecht erhoben werden kann (v. Bunge's Privatrecht §. 155, 157); wie es denn keinem Zweifel unterliegt, daß auch ein geſetzliches oder ſtillſchweigendes Pfandrecht ingroſſirt werden darf. Durch die Ingroſſation erwirbt zwar in der Regel eine Hypothek ein Vorzugsrecht vor den nicht ingroſſirten oder Privathypoken, jedoch nur inſofern, als letztere nicht privilegirte ſind, d. h. ſchon vermöge beſonderer Begünſtigung des Geſetzes (ohne Zuthun des Gläubigers) ein Vorzugsrecht vor anderen Hypotheken — ſelbſt vor den öffentlichen oder ingroſſirten — genießen, und daher ſowohl nach gemeinem Recht (ſ. oben §. 3 № II.), als nach der Not. e. des LL. (ſ. §. 4 Cl. II.) in die zweite Claſſe der Concursgläubiger geſetzt werden, während die nicht privilegirten oder einfachen Pfandrechte, mit Einſchluß der öffentlichen, in die dritte Claſſe gehören. Unter den privilegirten Pfandrechten beſtehen einige ſchon geſetzlich oder ſtillſchweigend, andere müſſen ausdrücklich beſtellt worden ſein. Keineswegs aber iſt jedes geſetzliche oder ſtillſchweigende Pfandrecht an ſich ein privilegirtes, vielmehr

gläubiger gleich [27]). Erſteres ſtützt ſich auf eine beſtändige Praxis, welche den Immiſſarien die nächſte Stelle nach den öffentlichen Hypothecarien einräumt, was ſich, gleichwie die Gleichſtellung der antichretiſchen Pfandgläubiger, nur zum Theil aus der Nota e. des LL. (Cl. III. im Anfange) rechtfertigen läßt. Im Uebrigen iſt hier nur zu bemerken, daß die Bildung einer beſondern Claſſe aus dieſen Gläubigern durchaus überflüſſig erſcheint.

4. In die vierte Claſſe ſtellt Nielſen [28]) die hypothecarii privati, in die folgende

5. die Wechſelgläubiger, wohin aber auch die übrigen mit einem privilegium exigendi verſehenen Gläubiger hätten geſtellt werden ſollen.

6. Zur ſechſten Claſſe werden die einfachen chirographariſchen Gläubiger gerechnet, und von ihnen

---

kennt ſowohl das gemeine Recht (§. 3 № III.), als auch die Note e. des LL. (§. 4. Cl. III. № 1 — 5) mehrere ſtillſchweigende Pfandrechte, welche nicht privilegirt ſind und daher in die dritte Gläubigerclaſſe gehören. — Eine Specialhypothek endlich geht zwar nach Livländiſchem Landrecht einer (ſelbſt älteren) Generalhypothek vor (v. Bunge a. a. O. §. 157); jedoch nur wenn letztere nicht eines anderen Vorzugsrechts genießt. So geht z. B. eine öffentliche Generalhypothek einer privaten Specialhypothek vor, desgleichen eine privilegirte Generalhypothek (z. B. die der Pupillen im Vermögen des Vormundes) einer einfachen Specialhypothek. Eben deshalb ſetzt die Nota e. des LL. in der zweiten Claſſe die Hypothek der Pupillen, als eine generelle, den übrigen privilegirten Hypotheken, weil dieſe ſpecielle ſind, nach. Doch die nähere Ausführung aller dieſer Vorzugsrechte gehört nicht zum Zweck dieſer Abhandlung.

27) A. a. O. §. 576 u. 580.

28) Ebendaſ. §. 576 u. 581.

7. an einer Stelle noch die creditores ex rationibus getrennt aufgeführt[29]), an einer anderen[30]) richtiger als mit jenen gleich ſtehend angenommen, indem ſie nur eine species derſelben bilden.

§. 7.

Claſſification der Gläubiger bei v. Buddenbrock.

In einer Art von Excurs zu der Königl. Schwediſchen Reſolution und Erklärung vom 23. Mai 1687 entwirft J. G. v. Buddenbrock[31]), angeblich auf Grundlage der Note e. pag. 140 LR., des Römiſchen Rechts und des Rigiſchen Stadtrechts, eine „Concursordnung," in welcher zwar keine ſo arge Verwechſelungen, wie bei Nielſen, jedoch auch mehrere ſtarke Verſtöße vorkommen. Nach der von ihm auch ſonſt beliebten Diviſions-Methode in Abtheilungen, Unterabtheilungen, Unterunterabtheilungen, theilt er die Concursgläubiger in 3 Hauptclaſſen, deren beide erſteren in Unterabtheilungen ꝛc. zerfallen, nämlich:

1) Privilegiati creditores
   a) ex iure separationis,
   b) ex hypotheca tacita et privilegiata
      aa) generali
      bb) speciali.
2) Hypothecarii
   a) publici

29) Daſ. §. 576.

30) Daſ. §. 581 a. E.

31) Sammlung der Geſetze, welche das Livländiſche Landrecht enthalten. Bd. II. S. 1041 — 1045.

aa) speciales et legales
bb) generales,
b) iudiciales,
c) privati
aa) speciales
bb) generales.
3) Chirographarii.

Abgeſehen davon, daß eine ſolche Zerſplitterung der Gläubiger — eigentlich in neun Claſſen — mindeſtens als unnöthig bezeichnet werden muß, ſo leidet auch die Claſſification im Einzelnen an mehrfachen Mängeln und Unrichtigkeiten, indem

1., zu den privilegirten Gläubigern die Separatiſten — und mit ihnen die Vindicanten — gezählt werden, während doch beide gar nicht zu den Concursgläubigern gehören.

2., den abſolut privilegirten Gläubigern wird eine ſtillſchweigende Generalhypothek zugeſchrieben (1, b, aa), die ihnen geſetzlich in keiner Weiſe zuſteht; es beruht dies offenbar auf einer Verwechſelung der Begriffe des abſoluten Privilegiums und der privilegirten Hypothek. In dieſe Abtheilung werden auch unter Nr. 1 die „Gerichts- und Verwaltungskoſten zur Regulirung der Nachlaß- oder Schuldmaſſe" geſetzt, welche gar nicht in den Concurs, ſondern unter die Maſſegläubiger gehören.

3., Unter den creditores privilegiati ex hypotheca tacita et privilegiata speciali (1, b, bb) werden außer den Gläubigern, die in der That eine privilegirte Specialhypothek haben, auch ſolche aufgeführt, die gar keine geſetzliche Hypothek, ſondern ein abſolutes Privilegium ha-

den (namentlich die in der Nota e LL. Claſſe I. Nr. 3—6 aufgeführten), und bei denen zum Theil überhaupt gar keine Specialhypothek denkbar iſt[32]). Auf der anderen Seite fehlen unter den privilegirten Pfandgläubigern einige, z. B. die Pupillen, wegen der beim Vormund einſtehenden Waiſengelder, indem

4., dieſe in die folgende Rubrik (2, a, aa) unter die hypothecarii publici speciales et legales[33]) geſtellt ſind, wiewohl ihnen jedenfalls keine ſpecielle ſondern eine Generalhypothek im geſammten Vermögen des Vormundes zuſteht, und der Natur der Sache nach nur eine ſolche zuſtehen kann; daſſelbe und noch mehr gilt von den hier angeführten „Kirchenmitteln," indem dieſen nach der ausdrücklichen Beſtimmung der Nota e (Cl. III. Nr. 1) gar kein ſtillſchweigendes Pfandrecht gebühren ſoll[34]).

5., Unter den chirographariſchen Gläubigern werden

32) Was v. Buddenbrock mit den in dieſer Rubrik unter № 9 aufgeführten „Frachtgeldern für (sic) die vom Frachtführer noch nicht ausgelieferten Güter" gemeint hat, iſt ſchwer zu errathen. Vermuthlich wollte er damit die in der Note e. LL. Cl. II. № 3 angeführte Forderung wegen der Schiffsheure beziehen.

33) Hierunter iſt keine Verwechſelung des öffentlichen und geſetzlichen Pfandrechts zu verſtehen, ſondern nur ſo viel, daß die hypothecarii publici speciales mit den hypothecarii legales gleiche Rechte haben, was übrigens, nach den Ausführungen in der Anm. 26 auch unrichtig iſt.

34) In dieſe Rubrik nimmt v. Buddenbrock auch die „Ausſpruchsgelder für Kinder erſter Ehe, und der Wittwe Morgengabe" auf, und beruft ſich deshalb auf l. 6. C. de bonis quae liberis und l. 8. §. 3 u. 4. C. de sec. nupt., wiewohl dies vielmehr offenbar aus dem Rigiſchen Stadtrecht B. III. Tit. 10. entnommen iſt.

die mit einem privilegium exigendi verſehenen gar nicht von den andern unterſchieden, vielmehr von den Wechſelgläubigern ausdrücklich geſagt, daß ſie mit den übrigen chirographariſchen Gläubigern pro rata zur Perception kommen, was gegen die ausdrückliche Beſtimmung der Not. e LL. und der Königl. Schwediſchen Wechſelordnung v. 10. März 1671 §. 26 läuft.

§. 8.

Claſſification der Gläubiger bei Samſon v. Himmelſtiern.

Während ſowohl Nielſen als v. Buddenbrock die Quellen, nach denen ſie ihre Concursgläubigerordnungen zuſammenſtellen, meiſt nur im Allgemeinen angeben, hat Samſon v. Himmelſtiern[35]) alle einzelnen Sätze der ſeinigen mit ſpeciellen Citaten aus dem Römiſchen Rechte, der Nota e pag. 140 fgg. LL. (nebſt den in dieſer angeführten Quellen), und aus Präjudicaten belegt. Zu dieſen letztern gehören, außer einigen wenigen Entſcheidungen des dirigirenden Senats, vorzugsweiſe 26 von ihm benutzte Claſſificationsurtheile des Livländiſchen Hofgerichts, wovon 3 (von den Jahren 1692, 1696 und 1698) dem ſiebenzehnten, 22 dem achtzehnten Jahrhundert angehören, und nur eines (vom Jahre 1822) dem neunzehnten. Unter den 22 aus dem vorigen Jahrhundert fallen 3 in die Periode vor der Nota e des LL., die meiſten derſelben — 11 an der Zahl — ſtammen aus dem dritten und vierten Jahrzehend des achtzehnten

35) Inſtitutionen des Livländiſchen Proceſſes. Th. II. (Riga 1824. 8.) §. 1354 fgg.

Seculums. In die vollkommene Zuverläſſigkeit der Citate aus dieſen Präjudicaten dürfte man wohl einige Zweifel ſetzen, wenn man vergleicht, wie die aus den zugänglichen Quellen — dem Römiſchen Recht und der Nota e — entlehnten Allegate keineswegs immer zutreffen. Man findet nämlich auch bei v. Samſon nicht die gemeinrechtliche, noch die damit übereinſtimmende Claſſification der Nota e[36]), ſondern eine davon vielfach abweichende, vielmehr mit den in den beiden vorhergehenden Paragraphen erörterten im Weſentlichen harmonirende Location.

Nachdem zuvor die Vindicanten, als nicht in den Concurs gehörig, ausgeſchieden worden[37]), werden von v. Samſon die Concursgläubiger in ſechs Claſſen eingetheilt, nämlich:

1) Privilegiati,
2) Hypothecarii publici,
3) Hypothecarii iudiciales,
4) Hypothecarii privati,
5) Creditores ex cambiis,
6) Creditores chirographarii et ex rationibus[38]).

---

36) S. oben §. 3 u. 4.

37) A. a. O. §. 1350 fgg. Uebrigens werden hier, außer den in der Nota e LL angegebenen Vindicanten und Separatiſten, auch „Maſcopie- oder Geſellſchaftsgelder, welche dem Schuldner zum gemeinſchaftlichen Handel anvertraut worden und noch vorhanden ſind“ aufgeführt. Zwar beruft v. Samſon ſich deshalb ausdrücklich auf die Nota e LL., und bloß auf dieſe; allein die Nota e locirt den Socius vielmehr ganz beſtimmt unter die abſolut privilegirten Concurs-Gläubiger, in die erſte Claſſe. S. oben §. 4.

38) A. a. O. §. 1354.

Wie ſchon dieſe Claſſenabtheilung im Allgemeinen der Rielſen'ſchen vollkommen entſpricht, ſo findet ſich auch im Einzelnen ſehr viel Uebereinſtimmendes, ſo daß die meiſten der in §. 6 vorgebrachten Rügen auch die v. Samſon'ſchen Darſtellung treffen, und hier daher kürzer angedeutet werden können. Namentlich werden

1., in der erſten Claſſe, als privilegirte Gläubiger, unter 13 Nummern, größtentheils wörtlich und nur mit wenigen Abweichungen, dieſelben Creditoren aufgeführt, die Rielſen zu dieſer Claſſe unter Nr. 1 — 14 rechnet [39]), ſo daß nur die von Letzterem auch hieher gezogenen rückſtändigen Kronsarendegelder bei v. Samſon ausgeſchloſſen werden. Wir finden alſo auch hier bunt durch einander abſolut privilegirte Gläubiger, Maſſengläubiger, privilegirte Pfandgläubiger, Fauſtpfandgläubiger ꝛc.

2., Nicht viel anders verhält es ſich mit den Gläubigern der zweiten Claſſe, den öffentlichen Hypothecarien. Zu dieſen werden [40]) gerechnet unter Nr. 1 „diejenigen, welche ihre Forderungen — — auf ihre Hypothek haben gerichtlich verſichern (ingroſſiren) laſſen. Dieſen werden gleich geachtet diejenigen, welchen das Geſetz eine ſchweigende Hypothek im Vermögen des Schuldners beilegt, und welche deswegen keine beſondere Verſicherung oder gerichtliche Ingroſſation bedürfen.“ Zur Begründung des letzteren Satzes, — welcher freilich die öffentlichen und ſtillſchweigenden Hypotheken nicht, wie bei Rielſen, als gleichbedeutend, ſondern nur als

---

39) Daſ. §. 1355.

40) Daſ. §. 1356.

gleichgeachtet, hier wohl ſo viel als gleichberechtigt, erſcheinen läßt — wird[41]) geſagt: „Die in Sachen Mengden's und Helmerſen's vom Hofgericht im Urtheil 1730. 18. Jul. aufgeſtellte Anſicht — daß eine ſchweigende Hypothek (hypotheca tacita legalis) einer Privathypothek gleich zu ſtellen ſei — hat das Reichsjuſtizcollegium in ſeinem Reviſionsurtheile 1731. 15. Jul. reformirt, indem es feſtſetzt, daß die ſchweigenden Hypotheken gleiche Wirkung mit den öffentlichen haben, und mit dieſen nach ihrem Alter locirt werden ſollen.“ — Sollte das ehemalige Reichsjuſtizcollegium dies in der That ausgeſprochen haben[42]), ſo durfte dieſer Ausſpruch um ſo weniger der ſpäteren Praxis zum Grunde gelegt werden, als er nicht nur nicht in den Geſetzen begründet iſt, ſondern auch gegen die geſetzlichen Beſtimmungen läuft, offenbar auf einem Mißverſtändniß beruht, und gegen alle Rechtsbegriffe verſtößt[43]). Eine ſtillſchweigende Hy-

41) Ebendaſ. Anm. b. S. 132 fg.

42) Nielſen erwähnt (a. a. O. S. 308 Anm.) gleichfalls dieſer Reſolution des Reichsjuſtizcollegiums, referirt jedoch deren Inhalt abweichend dahin: „daß die uningroſſirte Forderung eines Pupillen an ſeinen Vormund durchaus die Wirkung einer publiken Hypothek und mit derſelben gleiches Recht haben ſoll, bloß daß die Präference zwiſchen ſolchen Forderungen nach dem Alterthum beſtimmt wird.“ Eine ſolche Gleichſtellung — nicht aller ſtillſchweigenden Hypotheken, ſondern nur — der ſtillſchweigenden Hypothek der Pupillen mit den öffentlichen, da jene nach der Nota e eine privilegirte iſt, ließe ſich noch eher hören, iſt aber auch unrichtig, weil die Nota e die öffentlichen oder ingroſſirten Hypotheken erſt in die dritte Claſſe der Gläubiger, nach den privilegirten Hypothecarien, locirt.

43) Wenn der Regel nach die Gültigkeit der Praxis und des Gewohnheitsrechts überhaupt dadurch bedingt iſt, daß beide

pothek iſt, wie bereits früher ausgeführt worden, eine ſolche, die, ohne ausdrücklich beſtellt zu ſein, ſchon durch das Geſetz begründet wird; nicht aber, wie v. Samſon meint, keiner Ingroſſation bedarf, um den ingroſſirten (öffentlichen) Hypotheken gleich zu ſtehen. Einige ſtillſchweigende Hyphotheken dagegen ſind privilegirt, und gehen, als privilegirte, den öffentlichen Hypotheken vor; die übrigen, nicht privilegirten, ſchweigenden Hypotheken ſtehen an ſich den öffentlichen nach, können aber ohne Zweifel ihnen durch Ingroſſation gleichgeſtellt werden[44]).

3., Nachdem, wie eben angegeben, in der zweiten Claſſe unter Nr. 1 die ſchweigenden Hypotheken im Allgemeinen aufgeführt worden, werden in derſelben Claſſe unter Nr. 2 die Anleihen aus der Reichsbank und den öffentlichen Fonds, darauf unter Nr. 3 — 5 einzene ſtillſchweigende General-Hypotheken genannt[45]), und dann wieder unter Nr. 6: „die geſetzlichen Pfandrechtgläubiger, in ſo fern ihr Unterpfand, an welches insbeſondere, und nicht an das übrige Vermögen des Gemeinſchuldners, ſie nach dem Alter ihrer Forderungen ſich zu halten haben, noch vorhanden iſt. Zu dieſen werden alle gerechnet, welchen

---

nicht dem geſchriebenen Rechte geradezu widerſprechen (v. Bunge's Privatrecht §. 13), ſo darf um ſo weniger eine Praxis Berückſichtigung finden, welche offenbar auf Mißverſtändniſſen und Begriffsverwechſelungen beruht, am wenigſten aber verdient ein einzelnes Präjudicat der Art Beachtung. Vergl. andere Beiſpiele bei Bunge a. a. O. §. 71 a. E. und §. 400 Anm. x.

44) S. überhaupt oben Anm. 26.

45) Unter dieſen befinden ſich übrigens auch einige, bei denen ſich ein geſetzliches Pfandrecht durchaus nicht nachweiſen läßt.

das Geſetz ein beſonderes Pfandrecht (pignus particulare) an einem gemeinſchaftlichen Vermögensſtücke, es mag verſchrieben ſein oder nicht, zulegt." Es möchte beinahe ſcheinen, als wenn ſtillſchweigende Hypothecarien und geſetzliche Pfandrechtsgläubiger für zwei von einander verſchiedene Arten von Gläubigern angeſehen werden, da ſonſt nicht einzuſehen iſt, warum ſie an zwei verſchiedenen Stellen, — unter Nr. 1 die ſchweigenden, unter Nr. 6 die geſetzlichen — aufgeführt ſind. Oder ſollen unter Nr. 1 bloß die mit einem generellen, unter Nr. 6 nur die mit einem ſpeciellen (nicht wie es bei v. Samſon heißt, particulären) geſetzlichen Pfandrecht verſehenen Gläubiger verſtanden werden? Dann aber frägt ſich's wieder: warum ſind einzelne von den generellen geſetzlichen Hypothecarien beſonders genannt? Warum ſind die ſpeciellen (unter Nr. 6) den generellen (unter Nr. 1, 3, 4, 5) nachgeſetzt, da doch v. Samſon in der Anm. 1. zu demſelben §., in directem Widerſpruch hiermit, angiebt, daß die ſpecielle Hypothek der Generahypothek vorgeht? Betrachten wir aber vollends die einzelnen Gläubiger, denen v. Samſon ein ſpecielles (particuläres) geſetzliches Pfandrecht zulegt, ſo finden wir darunter gar diejenigen aufgeführt: „b) die zur Erbauung eines Hauſes, unter deſſen ſpecieller Verpfändung (sic!), Geld vorgeſtreckt." Was heißt dies anders, als: um ein geſetzliches oder ſtillſchweigendes ſpecielles Pfandrecht an einem ſolchen Hauſe zu erhalten, muß man ſich das Haus ausdrücklich und ſpeciell haben verpfänden laſſen?[46])

46) Vergl. hierüber v. Bunge a. a. O. §. 165. Anm. a.

4., Ueber die Bildung einer beſonderen Gläubigerclaſſe aus den Judicialhypothecarien oder Immiſſarien[47] iſt daſſelbe, was ſchon bei Nielſen bemerkt wurde[48], zu wiederholen.

5., In die vierte Claſſe, der Privathypothecarien, findet man auch locirt: „Die Krone mit Arrenderückſtänden aus ihren in Pacht des Gemeinſchuldners geſtandenen Gütern, und analogiſch Arrenderückſtände der Pächter privater Güter[49].“ Zwar wird in der Note dazu bemerkt, die Praxis ſchwanke hier, und werden mehrere einander durchaus widerſprechende Präjudicate angeführt. Allein um ſo mehr hätte — ohne Rückſicht auf die ſchwankende Praxis — die Frage über die Locirung der Forderungen des Fiscus aus Contracten auf Grundlage der Geſetze entſchieden[50], am wenigſten aber ein angeblich dem Fiscus zuſtehendes Vorzugsrecht auf Private analogiſch ausgedehnt werden ſollen.

§. 9.
Schluß.

Durch die bisherige Darſtellung iſt verſucht worden, dasjenige in der That nachzuweiſen, was im Eingange dieſer Abhandlung über den gegenwärtigen Zuſtand der Lehre von der Ordnung der Concursgläubiger in der Livländiſchen Praxis behauptet wurde. Daß dabei mehr niedergeriſſen, als aufgebaut worden iſt, liegt in der

---

47) v. Samſon a. a. O. §. 1357.

48) S. oben S. 54 fg.

49) A. a. O. §. 1358.

50) Vergl. die Nota e pag. 142 LL. (Cl. III. № 1) u. oben S. 51.

Natur der Sache. Jedenfalls dürfte aus dem bereits Gegebenen einestheils das Reſultat gewonnen ſein, daß zu den unzähligen Mißverſtändniſſen der Praxis in dieſer Lehre die Rechtsquellen keine Veranlaſſung gegeben haben, und zwar die einheimiſchen ſo wenig wie die gemeinrechtlichen. Anderntheils glaubt aber der Verfaſſer zugleich durch die im §. 4 gegebene Zergliederung der Nota e des LL., und durch deren Vergleichung mit der gemeinrechtlichen Gläubigerordnung (§. 3) für eine richtige Theorie einen feſten Grund gelegt zu haben, auf dem ſich das Gebäude einer Concursordnung in allen ſeinen Einzelheiten ſicher wird aufführen laſſen. Es kommt nun darauf an, zunächſt die Richtigkeit und Anwendbarkeit der Einzelheiten der Nota e zu prüfen, ſodann aber das gegenſeitige Verhältniß der einzelnen Gläubiger feſtzuſtellen, welche in jeder der einander entſprechenden Claſſen beider Concursordnungen (der gemeinrechtlichen und der der Nota e) ſpeciell aufgeführt werden. Dazu bedarf es indeß einer ausführlicheren Erörterung aller Details, und eine ſolche muß ſich der Verfaſſer für ſpätere beſondere Abhandlungen vorbehalten.

III.

Etwas über das Römiſche und Deutſche Recht, als das ſogenannte Hülfsrecht in den Oſtſeeprovinzen, und deren gegenſeitiges Verhältniß.

Von dem Herrn Oberhofgerichtsadvocaten C. Neumann
in Mitau.

Man geht in der Regel von der Idee aus, daß als einheimiſches Recht bei uns eigentlich nur dasjenige qualificirt werden könne, welches aus den ſpeciell für eine oder die andere unſerer Oſtſeeprovinzen emanirten Rechtsquellen hervorgeht; man ſagt ferner, daß bei der Mangelhaftigkeit dieſer einheimiſchen Rechte es nothwendig ſei, zu einem ſubſidiären ſeine Zuflucht zu nehmen, und kommt dadurch natürlich auf die Frage: welches iſt unſer ſubſidiäres Recht, und wenn es deren mehrere giebt, in welchem Verhältniſſe ſtehen ſie zu einander? So nahe es liegt, daß, da es keine ganz durchgreifende Regel giebt, um zu beſtimmen, wie das Römiſche und Canoniſche Recht gegen einander ſtehen, daſſelbe auch der Fall ſei rückſichtlich des Verhältniſſes dieſer beiden zum Deutſchen Rechte, vielmehr in jeder einzelnen Lehre gezeigt werden müſſe, welches von den ſogenannten Hülfsrechten vor-

herrſche, — ſo haben doch einerſeits die älteren Schriftſteller, auf deren Autorität man ſich zu berufen gewohnt iſt, manche Inconſequenz darin begangen, daß ſie rein Deutſche Inſtitute nach Römiſchen Grundſätzen beurtheilen (wie ſolches faſt durchgängig z. E. in dem berühmten Werke Knipſchildt's de fideicommissis geſchieht), und andererſeits gehen wiederum die ſtrengen Eiferer für das Deutſche Recht zu weit, wenn ſie das Römiſche unbedingt dem Deutſchen nachſetzen. Eine Verſtändigung wird ſich leicht ergeben, wenn man die folgenden Geſichtspunkte ſchärfer ins Auge faßt:

A. Man darf nicht das Römiſche und Deutſche Recht ganz und gar von einander trennen, ſondern muß es unter derjenigen Verſchmelzung auffaſſen, welche unter dem Namen des gemeinen Rechts bekannt iſt.

B. Das gemeine Recht iſt nicht Hülfsrecht in den Oſtſeeprovinzen, ſondern einheimiſches, und kann allenfalls als ein recipirtes betrachtet werden, wenn es durchaus ein fremdes ſein ſoll.

C. Das Verhältniß der einzelnen Beſtandtheile, aus welchen das gemeine Recht, ſo zu ſagen, zuſammengewachſen, iſt bei uns daſſelbe wie in Deutſchland.

A. Es kann hier als bekannt vorausgeſetzt werden, daß und wie das Römiſche Recht hauptſächlich durch Gewohnheit und Praxis der Gerichte in Deutſchland Eingang gewonnen hat, und eine ausdrückliche Reception nur in ſo fern erfolgte, als man ſie in den Worten der Reichs-Kammer-Gerichtsordnung von 1495, §. 3:

„nach des Reichs gemeinen Rechten" finden mag. Da nun zu der Zeit als das R. R. nach und nach in Deutſchland Geltung erhielt, das urſprünglich Germaniſche faſt nur in einer Menge einzelner Land- und Stadt-Rechte exiſtirte, und eine geordnete Rechtspflege erſt nach dem Verſchwinden des Fauſtrechts eintrat, inzwiſchen aber die Verſchmelzung der Römiſchen und Deutſchen Rechte, ja das beinahe gänzliche Ueberwiegen der erſteren nicht nur practiſch ſich von ſelbſt gemacht hatte, ſondern auch von den Deutſchen Kaiſern um ſo lieber geſehen wurde, als ſie ſich für Nachfolger der Römiſchen erachteten [1]); ſo kann es ziemlich gleichgültig ſein, ob in der angeführten Stelle der Reichs-Kammer-Gerichtsordnung eine ausdrückliche Reception der Römiſchen Rechts enthalten iſt oder nicht [2]), immer iſt die Thatſache nicht zu beſtreiten, daß in Deutſchland ſchon eine geraume Zeit vor 1561 nicht das urſprünglich Germaniſche, ſondern das mit dem Namen des gemeinen bezeichnete Gemiſch des Deutſchen, Römiſchen, Canoniſchen und Gewohnheits-Rechts gegolten hat, woraus ſich denn die Folge ergiebt, daß die Frage, ob nun dieſer oder jener der eben erwähnten Beſtandtheile in den einzelnen Rechtsmaterien, wie in einem gegebenen Falle, prävalire, nicht im Ganzen zu entſcheiden, ſondern

1) Wie früher das Römiſche Recht von den Deutſchen Kaiſern begünſtigt wurde, ergiebt ſich aus dem Befehle der beiden Friedriche von Hohenſtaufen, ihre neuen Verordnungen, die ſogenannten Authenticae Fridericianae, in den Codex Iustinianeus einzuſchalten.

2) S. Eichhorn's Deutſche Staats- und Rechtsgeſchichte; § 442.

hauptſächlich nach der Praxis, wie ſie aus den Schriftſtellern über das gemeine Recht ſich ergiebt, zu beurtheilen iſt, obgleich hier allerdings der Wahlſpruch „nullius iurare in verba magistri“ nicht unbeachtet gelaſſen werden und man bei rein Deutſchen Inſtituten entweder gar nicht oder nur mit großer Vorſicht Römiſche Grundſätze in Anwendung bringen darf.

B. Deutſche waren es, die die jetzt Ruſſiſchen Oſtſeeprovinzen civiliſirten und daſelbſt geiſtliche Territorien (Bisthümer und Ordensſtaat) gründeten; ſie brachten ihre Nationalität und ihre Rechts-Gewohnheiten mit, und haben dieſelben auf ihre Nachkammen vererbt, das Deutſche Element hat ſich in allen Zeiten rein und ungeſchwächt erhalten, nichts von den beſiegten Ureinwohnern, ſehr wenig und nur in einzelnen von der geſetzgebenden Gewalt speciell beſtimmten Fällen von den ſpäteren Oberherren der aufgelöſten Deutſchen Territorien im Rechte angenommen. Noch jetzt gilt als nicht zu bezweifelnde, von den Ruſſiſchen Monarchen vielfach ſanctionirte Regel, daß Geſetze, welche ſich auf die allgemeine Reichsverwaltung beziehen, die abgeſonderte Verfaſſung der Oſtſeeprovinzen nicht alteriren, und daß namentlich im Privatrechte Ruſſiſche Verordnungen hier um ſo weniger Anwendung leiden, als dieſe den beſonderen Rechten der Oſtſeeprovinzen nur alsdann derogiren, wenn die Anwendung eines Reichsgeſetzes auch für die Oſtſeeprovinzen von Kaiſerlicher Majeſtät beſonders befohlen worden. Das Ruſſiſche Recht hat alſo entweder den erſten Rang in den Oſtſeeprovinzen, — unter der oben angeführten Bedingung und alſo nur in einzelnen Fällen, — oder es

ſteht allen andern Beſtandtheilen des hier geltenden Rechts nach, denn, es mag nun das gemeine Recht als einheimiſches, recipirtes oder Hülfsrecht betrachtet werden, immer iſt es dasjenige, welches unmittelbar nach den eigentlichen Provincialgeſetzen zur Anwendung kommt, zumal dieſe, unerachtet ſie in der Regel für ſämmtliche Bewohner der Provinz, wes Standes ſie auch ſeien, Geltung haben (wenn nicht beſondere ſtädtiſche und bäuriſche Rechte exiſtiren), in allen Materien, die ſich auf Adels-Inſtitute beziehen, dem gemeinen Rechte für die übrigen Stände Platz machen.

Nach dieſer kurzen Abſchweifung wieder zurück zum Beweiſe des Themas, daß das gemeine Recht geradezu als ein einheimiſches zu qualificiren iſt, und daher das Provincialrecht im engeren Sinne nur nach der Regel „in toto iure generi per speciem derogatur, et illum potissimum habetur quod ad speciem directum est“[3]), oder auch als jüngeres Recht vorgeht, welches letztere namentlich in Curland der Fall iſt, woſelbſt keine dieſer Provinz allein angehörigen Rechtsquellen vor 1561 exiſtiren.

Zur biſchöflichen und Ordenszeit galt in den jetzigen Oſtſeeprovinzen, die ja ſogar einen Theil des Deutſchen Reichs ausmachten, daſſelbe Recht wie dort. Das Livländiſche Ritter- und das Rigiſche Stadt-Recht ſind Bearbeitungen, gleich den vielen particulären Deutſchen Land- und Stadt-Rechten, und zeigen ihren Deutſchen Urſprung faſt in jedem Paragraphen. Bei der Unterwerfung des größten Theils der biſchöflichen und Ordensſtaaten unter Polen confirmirten die pacta subiectio-

3) L. 80 D. de R. I. (50, 17.).

nis vom 28. Novbr. 1561 „iurisdictionem totalem iuxta leges consuetudines moresque antiquos“ und das Privilegium Sigismundi Augusti von demſelben Datum garantirt im 4. Artikel „iura Germanorum propria atque consueta.“ Was darunter zu verſtehen, ergiebt ſich nach den oben ad A. erörterten Begriffen von ſelbſt, und der eben angeführte Lateiniſche Ausdruck drückt genau den Sinn des gemeinen Rechts, als eines aus urſprünglich Deutſchen und durch Gewohnheit aufgenommenen anderen Rechten (namentlich dem Römiſchen und Canoniſchen) entſtandenen Conglomerats, aus. War aber vor dem Jahre 1561 daſſelbe Recht, wie damals in Deutſchland, das bei uns geltende, heißt es ferner in der Vollmacht zur Unterwerfung unter Polen, d. d. 12. Septbr. 1561, wörtlich folgendermaßen: „Zum andern, daß wir „alleſammt und ſonderlichen bei Ehren, Würden, Herr„lichkeiten, Freiheiten, Privilegien, Siegeln und Briefen, „Deutſchen Rechten, Gewohnheiten und Gerechtigkei„ten, landläufigen Gebräuchen und Gewohnheiten, bei „Deutſcher Herrſchaft und Verwaltung derſelben gelaſſen, „beſtätigt und confirmiret werden mögen,“ — und erkannte endlich das Privilegium Sigismundi Augusti, wie oben angegeben, ausdrücklich die iura Germanorum propria atque consueta an: ſo kann es einerſeits keinem Zweifel unterliegen, daß dieſe eben bezeichneten Rechte, da ſie ſeit der Gründung der Deutſchen Nationalität in unſeren Provinzen gegolten haben, und noch ausdrücklich in den die Grundlage unſerer Verfaſſung bildenden Staatsverträgen anerkannt ſind, — nicht als Hülfsrecht, ſondern als einheimiſches erſcheinen, und andererſeits ergiebt

es ſich, daß, da in dem Weſen dieſes Rechts und ſeiner Quellen im Jahre 1561 keine Veränderung vorgenommen wurde, das Verhältniß ſeiner einzelnen Theile auch ſpäter ſo blieb, wie es geweſen, und mit nichten aus den oben citirten Worten der Subjections-Vollmacht und Pacten ein Vorrang des Deutſchen Rechts im engeren Sinne vor dem Römiſchen, ſondern die Geltung beider nach demſelben Verhältniſſe deducirt werden muß, wie ſolches zu der damaligen Zeit (1561) im Deutſchem Reiche Statt hatte. Dies führt von ſelbſt auf die oben unter

C. geſtellte Behauptung, und zu der gleich zu erörternden Abweichung von der, durch den weiland Herrn Oberhofgerichtsrath G. v. Engelhardt in einer kleinen unter dem Titel:

„Beitrag zur Beantwortung der Frage: Gehen die vor 1561 geltend geweſenen eigenthümlichen Teutſchen Rechte dem Römiſchen Codex vor oder ſtehen ſie demſelben nach?“

erſchienenen Schrift vorgetragenen Anſicht. Der Verfaſſer des gegenwärtigen Aufſatzes braucht ſich wohl kaum beſonders zu entſchuldigen, wenn er zum Theil anderer Meinung iſt, als der gelehrte und verdienſtvolle Mann, über deſſen Schrift er ſich im Nachfolgenden einige Bemerkungen erlaubt.

Herr v. Engelhardt begreift das R. R. auch unter den durch das Privilegium Sigismundi Augusti garantirten „iura Germanorum consueta,“ folgert aber, daß die consueta den propriis nachſtehen müſſen. Dieſer Grundſatz dürfte weder im Allgemeinen richtig ſein, da ausdrückliche Geſetze durch Gewohnheiten ſehr wohl ab-

geändert werden können, und daher nicht nur das Gewohnheitsrecht häufig vor dem geſchriebenen prävalirt, ſondern auch iura Germanorum consueta den urſprünglichen und eigenthümlichen propriis in einzelnen Fällen vorgehen können, zumal eine Rangordnung derſelben in den citirten Rechtsquellen nirgend enthalten, — noch folgen aus dem, auch in dem gegenwärtigen Aufſatze entwickelten Axiom, das R. R. gelte bei uns nach demſelben Maßſtabe wie in Deutſchland, diejenigen Conſequenzen, welche in der v. Engelhardt'ſchen Schrift daraus gezogen ſind. Es heißt daſelbſt nämlich:

(§. 9) „Das Römiſche Recht kann bei uns in keinem „höhern Werth ſtehen, als den es in Teutſchland „gehabt, und ſo muß es dem Altteutſchen Recht „nicht nur, ſondern in vielen Fällen auch dem „Canoniſchen nachſtehen."

(§. 39) „Das Römiſche Recht kann keinen Vorrang vor „den Altteuſchen Rechten fordern, da es ihn nie in „Teutſchland hatte, ſondern nur ein Nothrecht „war, das durch Gerichtsgebrauch ſeine Anwendung erlangt hat."

So richtig, wie geſagt, die Prämiſſe iſt, daß das R. R. bei uns denſelben Rang einnehme, wie in Deutſchland, ſo können die daraus gezogenen Folgerungen nicht zugeſtanden werden, weil der Mittelſatz, daß es in Deutſchland dem urſprünglich Germaniſchen durchweg nachſtehe, keineswegs zugegeben werden kann. Im Gegentheile läßt ſich evident nachweiſen, daß daß R. R. in einer Menge von Materien das Deutſche thatſächlich verdrängt hat, und es dürften wohl ſo ziemlich alle neueren Rechtsleh-

rer dem Grundſatze das Wort reden, daß im Allgemeinen ſich das Rangverhältniß des Deutſchen, Römiſchen und Canoniſchen Rechts nicht beſtimmen laſſe, ſondern in jeder einzelnen Lehre die Praxis des gemeinen Rechts entſcheide, obſchon allerdings zugegeben werden mag, daß, wie Herr v. Engelhardt anführt, eine Verwirrung in den Rechtsverhältniſſen unausbleiblich wäre, wenn man Germaniſche, den Römern unbekannte Inſtitute, nach den Principien der Quiriten deuten und aufhellen wollte. Mit den in gegenwärtigem Aufſatze vorgetragenen Anſichten ſtimmen übrigens auch mehrere neuere Präjudicate des Curl. Oberhofgerichts überein.

Es bleibt noch die Frage übrig, ob die nach 1561 emanirten allgemeinen Deutſchen Reichsgeſetze bei uns zur Anwendung kommen?

Unbeſtreitbar kann von einer unmittelbaren Gültigkeit derſelben keine Rede ſein, weil mit der Trennung vom Deutſchen Reichsverbande auch die Abhängigkeit von den ſeitdem dort gegebenen Geſetzen aufhörte. In ſo fern aber unſere Provinzen in fortdauernder Verbindung mit Deutſchland und bei gleicher Nationalität und Sprache blieben, auch alle hieſigen Juriſten auf Deutſchen Univerſitäten gebildet waren, konnte es nicht ausbleiben, daß die Praxis bei uns ſich im Privatrechte, ſo weit ſelbiges aus dem gemeinem Rechte entnommen iſt, eben ſo wie in Deutſchland geſtaltet, zumal ſich dort nach 1561 nur eine ſehr unbedeutende Zahl durch die höchſte legislative Gewalt gegebener, das gemeine Recht normirender Verordnungen finden werden.

Somit ergiebt ſich ſchließlich, daß die Rangordnung,

welche der §. 40 der von Engelhardtſchen Schrift für die in Curland geltenden Geſetze annimmt, nämlich:

1) „Allerhöchſte ſeit der Vereinigung Curlands mit „Rußland auch für uns zur Nachachtung emanirte Ukaſen.

2) „Die Curländiſchen Provincialgeſetze.

3) „Die Altteutſchen Rechte.

4) „Das Römiſche, Canoniſche und Longobardiſche Recht.“

folgendermaßen genauer zu beſtimmen iſt.

1) Diejenigen Ruſſiſchen Geſetze, welche ſich entweder auf Inſtitute der Adminiſtration beziehen, die auch in Curland gleichmäßig ſeit der Unterwerfung unter den Ruſſiſchen Scepter exiſtiren, und wo die allgemeinen Reichsverordnungen daher Anwendung leiden können, — oder, namentlich hinſichtlich des Privatrechts, ſolche Geſetze, deren Geltung für Curland durch Allerhöchſten Befehl beſonders ausgeſprochen worden [4]).

2) Curländiſche Provincial-Geſetze und Gewohnheiten.

3) Das gemeine Recht, hauptſächlich wie es aus den

---

4) Hiebei mag noch in aller Kürze bemerkt werden, daß der §. 26 der v. Engelhardt'ſchen Schrift anführt, durch Allerhöchſte Ukaſen ſei das Familienretractrecht im ganzen Reiche ſanctionirt worden. Da aber dieſe Ukaſen ſich auf das Ruſſiſche, von dem der Oſtſeeprovinzen ſehr verſchiedene Inſtitut des Geſchlechtsvermögens beziehen, und keineswegs in den privilegirten Gouvernements Gültigkeit haben ſollen, ſo können ſie auch hier nicht in Anwendung kommen. Der retractus gentilitius iſt übrigens in Deutſchland nicht einmal gemein- ſondern nur particularrechtlich, die Curländiſchen Provincial-Geſetze erwähnen deſſelben nur bei Geſammthandgütern, und daher exiſtirt ein ſolches Näherrecht nicht ipso iure, ſondern nur vertragsmäßig in Curland.

vor 1561 gültigen Geſetzen ſich ergiebt, ohne daß jedoch die Ausbildung, welche es nach dieſem Zeitpunkte durch wiſſenſchaftliche Bearbeitung und Praxis erhalten, für uns verloren wäre, endlich mit dem Principe, daß in jeder einzelnen Lehre der Vorrang des Römiſchen, Canoniſchen und Deutſchen Rechts durch die Praxis zu beſtimmen iſt, in der Regel aber, eben ſo wie das R. R. in den Gegenſtänden, die ſich nur auf die Römiſche Staatsverfaſſung oder auf bei uns nicht mehr exiſtirende Einrichtungen beziehen, keine Anwendung erleidet, — es auch in den rein Deutſchen Inſtituten gar nicht oder nur mit großer Vorſicht zu gebrauchen iſt, wie denn namentlich auf unſere Familienfideicommiſſe die Grundſätze der Römiſchen Fideicommiſſe höchſtens in ſo fern angewandt werden können, als letztere nicht gegen Begriff und Weſen des Deutſchen Inſtituts anſtreiten. — Seit der allgemeinen Allodification der Lehen kommt das Lehnrecht nicht mehr unmittelbar zur Anwendung.

4) Das Livländiſche Ritterrecht iſt zur Erklärung einzelner Lehren, z. E. vom ererbten Vermögen, in Curland dienlich, obgleich es im Allgemeinen kaum als Hülfsrecht betrachtet werden kann. Das Rigiſche Recht hat keineswegs in allen Städten Curlands gegolten, und findet ſelbſt in denen, welchen es verliehen worden, gegenwärtig faſt gar keine Anwendung mehr, ſo z. B. exiſtirt nirgend Gütergemeinſchaft unter Eheleuten.

5) Sollten die vorangeführten Rechtsquellen zur Entſcheidung eines gegebenen Falles nicht ausreichen, ſo dürfte das Ruſſiſche Reichsrecht als Hülfsrecht eintreten.

Für Liv- und Eſthland kommt eine ähnliche Rangordnung der daſelbſt geltenden Geſetze in Betracht, nur verſteht es ſich von ſelbſt, daß nach Nr. 1 die von der, zwiſchen 1561 und der Vereinigung mit Rußland, exiſtent geweſenen Landesherrſchaft für dieſe Provinzen gegebenen Geſetze eintreten, hierauf die speciellen Provincialrechtsquellen den Platz einnehmen, und das gemeine Recht unter denſelben Bedingungen wie in Curland Gültigkeit hat.

IV.

Bemerkungen über die Erbgutseigenſchaft und die eheliche Gütergemeinſchaft nach Rigiſchem Stadtrecht,

angeknüpft an einen Rechtsfall.

Von dem Herrn Stadtſyndicus C. H. Zimmerberg in Dorpat.

In einer Stadt Livlands lebte der Kaufmann Gottlob W. mit ſeinem jüngeren Bruder Michael W. in einer Handelsſocietät. Er verehelichte ſich am 13. Juli 1795, und kaufte dann gemeinſchaftlich mit ſeinem Bruder am 23. October deſſelben Jahres ein ſteinernes Wohnhaus. Seine Gattin ſtarb ſchon im Juli 1801 und hinterließ aus ihrer Ehe zwei Töchter, Eleonore und Caroline. Bald darauf hoben die Gebrüder W. die Societät auf, und in Folge einer zwiſchen ihnen ſtattgefundenen Vereinbarung behielt der ältere Bruder das Haus für ſich,

ließ daſſelbe im Stadtbuche auf ſeinen Namen verſchreiben, und ein darüber von der Stadtbehörde ausgeſtelltes Atteſtat im Jahr 1805 bei dem Livländiſchen Hofgericht corroboriren.

Gottlob W. ſtarb im Jahr 1835 mit Hinterlaſſung der Tochter Eleonore und zweier Großkinder von ſeiner früher verſtorbenen Tochter Caroline, nachdem er kurz vorher ſein Haus für die Summe von 38,000 Rubel B. an einen Kaufmann verkauft, und dann bei der Stadtbehörde ein Teſtament deponirt hatte, worin man nach deſſen Eröffnung im Weſentlichen folgende Anordnungen fand.

Zur Univerſalerbin des ſämmtlichen nachbleibenden Vermögens, beſtehend aus dem Kaufſchillinge von 38,000 Rubeln für das verkaufte Haus und einigem Mobiliar, war die Tochter Eleonore eingeſetzt worden, jedoch mit der näheren Beſtimmung, daß dieſelbe nur von den Zinſen des Capitals jährlich 1500 Rubel erhalten, nie aber, ſie möchte verheirathet werden oder nicht, irgend einen Anſpruch auf das Capital ſelbſt haben ſollte. Auf den Todesfall dieſer Tochter ohne legitime Deſcendenten ſollten die erwähnten Großkinder des Teſtators die alleinigen Univerſalerbinnen ſeines geſammten Nachlaſſes ſein, alsdann aber ſollte das den Nachlaß bildende Capital, nach Abzug einiger Legate und der für die Großtöchter ausgeſetzten Erziehungskoſten, ſo lange auf Zinſeszins ſicher vergeben, oder die jährlichen Zinſen anderweitig wieder fruchtbar gemacht werden, bis ſeine Großtöchter das geſetzliche Alter der Mündigkeit erlangt hätten oder verheirathet würden, von welcher Zeit ab ſelbige die Renten von dem

Capital, zu welchem die fruchtbar gemachten Zinſen deſ-ſelben hinzugeſchlagen worden, zu erheben, und zu genie-ßen befugt ſein ſollten; der Hauptſtuhl ſelbſt aber durfte von ihnen, oder ihren Gatten und Nachkommen nie und unter keiner Bedingung gehoben werden. Sollte die eine ſeiner beiden Großtöchter ohne geſetzliche Erben ſterben, ſo ſollte ſelbige von der ſie überlebenden Schweſter be-erbt werden; im Falle aber, daß die Tochter Eleonore verheirathet und in dieſer Ehe Kinder erzeugt werden würden, ſollten dieſe nach dem Tode ihrer Mutter mit des Teſtators Großtöchtern von ſeiner Tochter Caroline den geſammten Nachlaß zur Hälfte erben, dabei aber die obige Anordnung wegen Erhaltung des Capitals genau beobachten. Nach dem Tode ſeiner beiden Großtöchter und ſeiner Tochter Eleonore ohne Hinterlaſſung ehelicher Deſcendenten, ſollten die vier Kinder von des Teſtators vorverſtorbener Schweſter, die an einen Prediger in Preu-ßen verehelicht worden war, oder deren Deſcendenten oder ſonſtigen geſetzlichen Erben zu gleichen Theilen ſuc-cediren. Als einſtweiligen Beitrag zu den Erziehungs- und Unterrichtskoſten ſeiner beiden Großtöchter war eine jährliche Summe ausgeſetzt worden, welche ſie vom To-destage des Teſtators ab bis zu erlangter Volljährigkeit oder bis zu ihrer Verheirathung aus den Revenüen ſeines Nach-laſſes ausgezahlt erhalten ſollten. — Nun folgt die Verord-nung einiger Legate, Beſtellung der Teſtamentsexecutoren ꝛc.

Der Vater der erwähnten Großkinder des Teſtators glaubte die Rechte ſeiner Töchter durch dieſes Teſtament beeinträchtigt, proteſtirte Namens ihrer wider daſſelbe bei dem Rathe der Stadt und bat um Aufhebung des

Teſtamentes und um Anordnung der Inteſtatſucceſſion, weil der Teſtator durch ſeine letztwillige Dispoſition ſich nicht nur Liebloſigkeit und Pflichtverletzung, ſondern auch Geſetzwidrigkeit habe zu Schulden kommen laſſen, indem derſelbe, — abgeſehen davon, daß wegen der hier unter Eheleuten beſtehenden allgemeinen Gütergemeinſchaft nach dem Tode der Gattin zwiſchen Vater und Kindern eine prorogatio communionis bonorum Statt finde, — ein während der Ehe mit ſeiner verſtorbenen Frau erworbenes Immobil, woran ſeine Kinder und Großkinder allein nur ein unbezweifeltes Recht hätten, ohne der letzteren Zuſtimmung verkauft, dann über den Kaufſchilling, welcher, als ein dieſelbe Natur wie erwähntes Wohnhaus habendes Surrogat, nämlich als Erbgut, zu betrachten ſei, ganz gegen die Rigiſchen Statuten zum Nachtheil ſeiner leiblichen Deſcendenten, und zum Beſten ſeiner Schweſterkinder und deren Deſcendenten in Preußen, eine eigenbeliebige fidecommiſſariſche Dispoſition getroffen habe, und weil durch deſſen Teſtament ſeiner leiblichen Tochter und ſeinen Großtöchtern der Pflichttheil entzogen worden, entgegen der Vorſchrift in L. 4 C. de lib. praet., L. 27 C. de inoff. test. u. Nov. 115 Cap. 3 et 4.

Die Teſtamentsexecutoren hielten es für ihre Pflicht, für die möglichſte Aufrechterhaltung der letztwilligen Verordnung des Verſtorbenen Sorge zu tragen; daher entgegneten ſie wider obige Proteſtation:

1) handle es ſich hier keineswegs um ein Erbgut, weil der Teſtator das Wohnhaus durch die vier Jahr nach dem Ableben ſeiner Ehegattin erfolgte Corroboration erſt eigenthümlich acquirirt habe; mithin könne daſſelbe nicht als ein

bei dem Tode der Ehegattin des Teſtators ſchon vorhandenen geweſenes, ſondern von letzterm erſt ſpäter erworbenes Eigenthum, alſo nicht als Erbgut, welches während beſtehender Ehe vollſtändig von beiden Eheleuten erworben, rechtlich betrachtet werden. Deshalb müſſe alles dasjenige, was der Gegner wegen vermeintlich vor bewerkſtelligter Veräußerung des fraglichen Hauſes zu ertheilen geweſener Zuſtimmung der Tochter und der Großtöchter des Teſtators, ſo wie wegen der Natur des auf dem Hauſe ruhenden Capitals von 38,000 Rubel, als eines in Stelle eines veräußerten Erbguts tretenden Surrogats, auf die Bahn gebracht, ohne alle Berückſichtigung bleiben;

2) finde zwar nach Stadtrechten Gütergemeinſchaft unter Eheleuten Statt, ſolche erſtrecke ſich jedoch keineswegs auf die Kinder, da einmal ſolche Erſtreckung kein Geſetz anordne, und ſodann wegen des gemeinſchaftlichen Eigenthumsrechts beider Eheleute keines der beim Ableben des einen der Eltern nachbleibenden Kinder einen Erbtheil an dem Nachlaß habe, indem ein ſolcher Erbantheil nach dem Rigiſchen Statuten IV, 3, 1 durch eine abermalige Heirath des überlebenden Ehegatten, oder durch eine von demſelben freiwillig unternommene Erbtheilung erſt entſtehe; demnach hätten die Kinder des Teſtators beim Ableben ihrer Mutter, und bloß dadurch keinen Erbanſpruch an das etwanige damalige gemeinſchaftliche Vermögen ihrer Eltern gehabt, und wäre daher auch der Teſtator weder ſeinen Kindern ſchuldneriſch verhaftet, noch etwa dadurch an freier Dispoſition über ſein Vermögen auch im Mindeſten rechtlichlich behindert geweſen;

3) ſei gleichergeſtalt unrechtfertig die Behauptung des Gegners, daß den Kindern und Großkindern des Teſtators durch deſſen Teſtament der Pflichttheil entzogen, ohne daß dieſerhalb eine Enterbungsurſache angegeben worden, denn von einer Entziehung des Pflichttheils könne nicht die Rede ſein, weil nach hieſigen Geſetzen der Pflichttheil des Notherben nur in einer Erziehungsquote beſtehe, und

4) ſei überhaupt dem Teſtator, da er ſeinen Geſammtnachlaß allein erworben, nach §. 88 der Allerhöchſten Stadtordnung vom Jahr 1785, ſo wie auch in Folge ſpäter ergangener desfallſigen Ukaſen, darüber die unbeſchränkteſte teſtamentariſche Verfügung zugeſtanden worden, weshalb denn auch das Teſtament durchaus nicht annullirt werden dürfe, u. ſ. w.

Dieſer Rechtsſtreit, welcher durchaus nach dem Rigiſchen Stadtrecht entſchieden werden mußte, veranlaßt mehrere intereſſante Rechtsfragen, die um ſo mehr einer Betrachtung werth ſind, als Sachwalter nur zu oft geneigt zu ſein ſcheinen, ihre Behauptungs-, Beſtreitungs- und Widerlegungsgründe aus Römiſchen, Schwediſchen und Ruſſiſchen Geſetzen herauszuſuchen, ohne das privilegienmäßig in den Städten Livlands vorzugsweiſe geltende Rigiſche Stadtrecht zu beachten.

Zuförderſt möge hier

I) die Frage herausgehoben werden:

Iſt der Antheil, den ein verheiratheter Socius an einem in der Handelsſocietät gekauften Immobil erwarb, nach dem Tode ſeiner Ehefrau als Erbgut zu betrachten?

Der Begriff von Erbgut, welches im Deutſchen

Rechte ein unbewegliches, von Blutsfreunden in aufſteigender Linie herkommendes, bei einer Familie in Erbgang gekommenes Gut, mit der Wirkung der Unveräußerlichkeit, wenn nicht Conſens der Erben hinzukommt, bedeutet [1]), wird in den Rigiſchen Statuten nicht nur beſtätigt, ſondern auch inſofern erweitert, als auch ein von zwei Ehegatten in der Ehe erworbenes Immobil, ſobald einer der Ehegatten ſtirbt, für Erbgut erklärt wird, ſo daß der überlebende Ehegatte ohne erwieſene „hohe Noth" die freie Veräußerungsbefugniß verliert, und an die Einwilligung der Erben gebunden wird [2]). Ob aber auch an aliquoten Theilen ſolcher Immobilien die Erbgutsqualität entſtehe und hafte, darüber findet ſich daſelbſt keine ausdrückliche Beſtimmung.

In dem Lübiſchen Rechte kommt es bei den demſelben unterworfenen Grundſtücken, um für Erbgut zu gelten, nicht darauf an, ob ſie ganz und ungetheilt ſind [3]). Theilungen von Grundſtücken unter mehreren Erben kamen daſelbſt früher ſehr häufig vor, da einerſeits der Verkauf derſelben zum Behuf der Auseinanderſetzung oft Schwierigkeiten, auf der andern Seite aber der Beſitz von Immobilien großen Werth und Bedeutung hatte. Daher findet es ſich dort häufig, daß Häuſer mehrerer Erben einem jeden zu einem oft kleinem Bruchtheil zugeſchrieben

1) C. J. A. Mittermaier, Grundſätze des gemeinen Deutſchen Privatrechts (Fünfte Ausg. 1837.) §. 157.

2) Rigiſche Statuten B. III. Tit. 11. §. 4. F. G. v. Bunge, das Liv- und Eſthländiſche Privatrecht §. 91.

3) C. W. Pauli, Darſtellung des Rechts der Erbgüter nach älterem Lübiſchen Rechte. (Lübeck, 1837.) S. 28.

ſind. Oft auch wurden einzelne Theile von Grundſtücken käuflich erworben, die dann nach dem Tode des Eigenthümers auf ſeine Erben fielen. Solche Theile von Grundſtücken waren Erbgut, und dies ergiebt ſich zum Ueberfluß daraus, daß ſie nur in Fällen echter Noth veräußert werden durften[4]). Ebenſo konnte daſelbſt auch ein Grundſtück zum Theil Erbgut, zum Theil wohlgewonnenes Gut ſein, und zwar unter andern in dem Falle, wenn derjenige, dem in einem Grundſtücke ein Antheil als Erbgut zugefallen war, demnächſt auch das Uebrige oder einen weitern Theil deſſelben von ſeinen Miterben oder von dritten Perſonen an ſich kaufte; oder umgekehrt, wenn Jemand, dem ein Theil eines Grundſtückes als wohlgewonnenes Gut zuſtand, demnächſt das Uebrige oder einen ferneren Theil ererbte. In dieſen häufig vorkommenden Fällen fand ein völlig geſondertes Eigenthumsrecht an den verſchiedenen Theilen des Grundſtückes Statt, an dem einen ein völlig freies, an dem andern ein durch das Recht der Erben beſchränktes[5]).

---

4) S. Pauli S. 29, und das daſelbſt angeführte Ober-Stadtbuch der Stadt Lübeck s. a. 1286: „Notum sit, quod Ericus de Siggeran emit de Ebelingo fratre suo *suam partem* totius hereditatis, site in platea castri sicut iacet: quam sibi coram Coss. resignavit, *iurando, quod nihil magis haberet, quam huiusmodi hereditatem.*“

5) Pauli S. 93. — Inſcription des Ober-Stadtbuchs der Stadt Lübeck von 1321: Notum sit, quod Elizabeth de Oldeslo emit a Iohanne longo, fratre suo, et ab Henrico Frisone, fratre suo, quicquid habebant in domo, sita ...... et pars dicte domus eidem Elizabeth cessit de morte sue matris, et sic tota domus sibi pertinet et est sibi coram Consulibus resignata. — O.St.Buch von 1327: Notum sit, quod Henricus et Hermannus de Alen fratres

Da die Liv- und Eſthländiſchen Stadtrechte aus den Rechten Germaniſchen Urſprungs, und zunächſt aus den Hamburgiſchen und Lübiſchen Statuten gefloſſen ſind[6]), ſo iſt es wohl keinem Zweifel unterworfen, daß wir die Rigiſchen Statuten, wo dieſelben uns dunkel ſcheinen, aus ihren Quellen interpretiren können und müſſen[7]).

Aber ſelbſt wenn wir den Begriff des Erbguts nach Rigiſchem Stadtrecht auf ſolche Weiſe nicht erweitern und erklären wollen, läßt ſich auch aus den Rig. Stat. ſelbſt die Frage, ob an aliquoten Theilen von Immobilien Erbgutsqualität haften könne, ohne Mühe bejahen.

Abgeſehen nämlich davon, daß aus der oben angeführten Beſtimmung der Rigiſchen Statuten, in welcher der Begriff von Erbgut feſtgeſetzt worden, keineswegs gefolgert werden kann, daß die Erbgutseigenſchaft nur an ungetheilten, im Eigenthume eines einzigen Individuums ſtehenden Immobilien ſtattfinde, ſo befindet ſich in den Rig. Stat. ein Titel „von Erb- und gemeiner Güter

---

emerunt a fratre suo Iohanne de Alen omnem porcionem, quam ipse Iohannes habuit in domo quadam, que olim pertinuit patri eorum Iohanni de Alen.... quam porcionem ipsis cor. Coss. resignavit. Item predicti duo fratres emerunt eciam a sororibus suis Gertrude et Elizabeth porciones suas, quas ipse cum consensu maritorum suorum ...... eis cor. Coss. resignaverunt, ita videlicet quod predicta domus tota ipsis Hinrico et Hermanno de Alen fratribus pertinebit; *sed cum dimidietate domus eiusdem facere poterunt et dimittere sicut cum mercatoriis bonis suis. Alia autem dimidietas domus est ipsis hereditata a patre suo predicto.*

6) F. G. v. Bunge, Beiträge zur Kunde der Liv-, Eſth- und Curländiſchen Rechtsquellen, S. 37, 42 u. fgg.

7) F. G. v. Bunge, Wie und nach welchen Regeln müſſen die in Livland geltenden Geſetze interpretirt werden? §. 5.

Theilung"[8]), aus deſſen Ueberſchrift man ſchon ſchließen könnte, daß Erbgut nicht immer ein ungetheiltes zu ſein braucht. Der §. 1 dieſes Titels verordnet aber ausdrücklich: „Zween Erben, die ein Haus gemein haben, ſollen nicht bemächtigt ſein, vor ſich ſothanes Erbe abzuſchauern, oder abzuzäunen" u. ſ. w. Sie konnten daſſelbe alſo gemeinſchaftlich beſitzen, und folglich ein jeder ſeinen Antheil auch wieder vererben, und mit ſeiner Erben Einwilligung oder im Fall echter Noth veräußern, und iſt hier nicht die Möglichkeit ausgeſchloſſen, daß ſie und ihre Erben, ſelbſt mit anderen künftigen Erwerbern der einzelnen Theile ſolchen Hauſes, ſich über den gemeinſchaftlichen Beſitz friedlich vereinigten. Nur in dem Falle, wenn ſie ſich „umb den Beſitz nicht vereinigen" konnten, fand die in §. 2 enthaltene, unten noch zu erwähnende, Beſtimmung Anwendung.

Nehmen wir nun den Fall an, daß zwei Brüder, als Erben ihres Vaters, im gemeinſchaftlichen und friedlichen Beſitz eines ſolchen Erbguts ſich befanden, daß aber einer von ihnen wegen echter Noth gezwungen war, ſeinen Antheil an den Bruder zu verkaufen. Hier fände dann der oben aus dem Lübiſchen Rechte erwähnte Fall Statt, daß ein Grundſtück zum Theil Erbgut, zum Theil aber wohlgewonnenes Gut, daß die eine Hälfte deſſelben wegen der darauf haftenden Erbgutsqualität ein durch das Recht der Erben beſchränktes, und die andere Hälfte ein völlig freies Eigenthum wäre.

Kann mithin nach Rigiſchem Stadtrecht überhaupt ein

---

8) Rig. Stat. B. IV. Tit. 8.

aliquoter Theil eines Grundſtücks Erbgut ſey, ſo folgt von ſelbſt, daß auch der Antheil, den ein verheiratheter Kaufmann an einem in einer Handelsſocietät gekauften Hauſe erwarb, nach ſeinem oder ſeiner Frauen Tode Erbgut iſt. Daher war nach dem Ableben der Frau des Kaufmannes Gottlob W. die eine während beſtehender Ehe erworbene Hälfte des Hauſes (man muß hier Gleichheit der Concurrenz präſumiren, da über das Societätsverhältniß zwiſchen beiden Brüdern nicht die geringſte Nachweiſung vorhanden iſt) mit Erbgutsqualität behaftet, die andere Hälfte aber, — welche nach Aufhebung der Societät ihm ſein Bruder und bisheriger Miteigenthümer verkaufte, — war ein völlig freies Eigenthum, über welches Gottlob W., den Grundſätzen des Rigiſchen Stadtrechts gemäß, nach Belieben durch Veräußerung verfügen durfte. Hieran knüpft ſich nun

II. die Frage: iſt der Kaufſchilling für ein mit Erbgutsqualität ganz oder zum Theil behaftetes Immobil auch wie Erbgut zu behandeln?

Daß Geldantheile in einem Erbgut auch nur ein beſchränktes Recht gewähren, iſt in den Städten Deutſchlands, wo das Inſtitut der Erbgüter in Folge ehelicher Gütergemeinſchaft beſteht, nicht ungewöhnlich. Namentlich fand es in Lübeck Statt, beſonders wenn Kindern erſter Ehe von dem Parens binubus ein Ausſpruch geſchah, oder wenn ein einzelnes Kind aus der Were abzuſondern oder auszuſteuern war, daß demſelben nicht ein aliquoter Theil eines Erbes, ſondern ein in Gelde angeſchlagener Antheil in demſelben angewieſen ward.

Dieſe Antheile wurden ebenfalls als Erbgut behandelt, wie die Inſcriptionen der Stadtbücher und älteren Teſtamente in Lübeck ergeben [9]).

Auch in den Städten Livlands giebt es Fälle, wo Erbgüter geſetzlich in Geld angeſchlagen werden müſſen, wie in dem §. 2 des oben allegirten Titels der Rig. Statuten „von Erb- und gemeiner Güter Theilung" [10]) enthalten iſt. „Haben zwei Erben," heißt es daſelbſt, „ein „gemeines liegendes Grund, und können ſich umb den „Beſitz nicht einigen, ſo ſoll derjenige, der geſchieden ſein „will, und zur Theilung eilt, das liegende Grund auf „Geld ſetzen, und der andere entweder zum Gelde, oder „dem unbeweglichen Gute zu wählen ſchuldig ſein."

Wie oben dargethan, können nach den Rig. Statuten aliquote Theile eines Erbguts auch ein Erbgut ſein. Müſſen nun ſolche Theile, wenn es die Nothwendigkeit

9) Pauli, S. 30 Anm. 69. Ober-Stadtbuch 1291: Nolum sit, quod relicta Iohannis Broschen et eius pueri cum suis procuratoribus assignaverunt Hinrico de Rodinghusen in hereditate angulari sita in fossa pistorum et in alia adiacente C. Marcas arg. et XX Marcas argenti pro dote cum filia dicti Iohannis sibi dandas, ut cum iis facere possit sicut cum mercatoriis bonis suis. Actum coram Coss. Anno Dom. MCCLXXXXI in festo palmarum. Ad haec consensum dederunt primi pueri ipsius Broschen. War es nicht an ſich Erbgut oder der Erbgutsqualität fähig, ſo wäre die Clauſel: ut cum his facere possit etc. nicht nöthig geweſen. — Testamentum Ghertrudis Stripederokkes a. 1351: Item habeo in quibusdam hereditatibus pecuniam iure haereditario ad me pertinentem, quae dicitur Vorstorven erve, videlicet in domo cuiusdam lanificis in platea S. Iohannis C. Mr. arg., item in domo domine Metten de Hamme in mixta platea C. Marc. arg. et in hereditate quam inhabito CC. Mr. et XLV Mr. den.

10) Rig. Stat. B. IV. Tit. 8.

erfordert, in Geld angeſetzt werden, ſo folgt noch nicht, daß dadurch auch das Recht der Erben an dem Erbgut verloren gehen muß, oder geſchmälert werden könne. Es iſt ja der Fall denkbar, daß zu Zeiten ein mit Erbguts- qualität behaftetes Immobil den Erben nicht nur keinen Vortheil, ſondern offenbaren Schaden bringt, und daß es daher weit vortheilhafter iſt, daſſelbe zu veräußern. Wie könnte nun ohne Zuſtimmung der Erben das Kaufpre- tium die Erbgutsqualität verlieren? Darf nur mit der Erben Zuſtimmung, oder wegen hoher Noth ein Erbgut veräußert werden, ſo kann auch, da das Rig. Statut dem nirgends widerſpricht, der Kaufſchilling für ein Erb- gut nur unter gleicher Bedingung die Natur des Erbguts verlieren, und der Rechtsgrundſatz: pretium succedit in locum rei Anwendung finden, um ſo mehr in dem vor uns liegenden Rechtsſtreite, als der mit Erb- gutsqualität behaftete Vermögenstheil vom Vater ohne der Erben Genehmigung veräußert wurde, und der Kauf- ſchilling zur Zeit des anhängig gemachten Proceſſes noch auf dem Hauſe ruhte. Nun frägt es ſich ferner:

III. wurde durch den Umſtand, daß der über das von den Gebrüdern W. acquirirte Haus abgeſchloſſene Kaufcontract nicht zu Leb- zeiten der Frau des Gottlob W., ſondern erſt nach deren Tode, corroborirt wurde, auch das den Erben des letztern an dem fraglichem Immobil geſetzlich zuſtändige Recht ſuſpen- dirt, oder gar gänzlich unwirkſam gemacht?

Die Corroboration oder Inveſtitur, gerichtlicher Auf- laß, Auftrag, ꝛc., iſt die feierliche vertragsmäßige Ueber-

tragung des Eigenthums an Grundſtücken durch den Richter[11]), mußte ehemals im echten Ding geſchehen, und verſchaffte dem Empfänger, außer dem Eigenthumsbeſitz (Gewehre), den Beweis der Erwerbung, Sicherheit der Vertretung, ſo lange ſie ihm nöthig war, und der Evictionsleiſtung, beſonders aber auch das wichtige Recht, nach Jahr und Tag ſein eigner Gewehre zu ſein; dem aber, welcher ein Widerſpruchsrecht gegen die Veräußerung zu haben behauptete, gab der Auflaß Gelegenheit, dieſes auszuüben. Vorher galt der Veräußerer im öffentlichen Verhältniß noch als Eigenthümer, und der Erwerber war zwar Civilbeſitzer, aber noch nicht zu gerichtlichen Verfügungen über die Sache legitimirt[12]).

In Riga geſchieht nach dem dortigen Stadtrecht der Auflaß durch eine feierliche Erklärung des Uebertragenden oder ſeiner Erben vor dem Rathe in den ſogenannten offenbaren Rechtstagen. Demſelben geht die genaueſte Prüfung der Rechtmäßigkeit des Erwerbtitels, ſo wie die der geſchehenen Beobachtung der Formalien, wozu unter andern die bei der Corroboration zu entrichtende Krepoſtpoſchlin von vier Procent von dem Geſammtwerthe des veräußerten Immobils gehört, theils durch den Bürgermeiſter, theils durch die Rathscanzlei voraus. Der Auflaß wird hierauf nebſt dem über die Veräußerung aufgeſetzten Document in das „Erbebuch" der Stadt eingetragen, dem Erwerber zu ſeiner Legitimation ein Protocoll ausgefertigt, und werden ſodann durch ein Proclam in den öffentlichen Blättern Alle, welche gegen den Auftrag Einwendungen zu machen haben, aufgefordert, ſolches binnen Jahr und Tag (1 Jahr und 6 Wochen) a dato des Auftrages zu thun. Wird der Auftrag in dieſer Zeit nicht angefochten, ſo wird er rechtsbeſtändig, gleich einem rechtskräftigen Urtheil[13]).

In den übrigen Städten Livlands, wo die offenbaren Rechtstage außer Gebrauch gekommen ſind, iſt das Ver-

11) R. Maurenbrecher, Lehrbuch des heutigen gemeinen Deutſchen Rechts §. 200.

12) K. F. Eichhorn, Einleitung in das Deutſche Privatrecht §. 174. — Maurenbrecher §. 201.

13) F. G. v. Bunge, Privatrecht Thl. 1. §. 121. Dieſes Verfahren gründet ſich auf die Rig. Stat. B. III. Tit. 11; B. II. Cap. 32, und die „willkürlichen Geſetze der Stadt Riga."

fahren beim Auftrag nicht dem in Riga völlig gleich. In Dorpat z. B. wird gegenwärtig der vom Käufer beigebrachte Kaufcontract durch Eintragung in die Gerichtsbücher des Rathes (früher des Hofgerichts) corroborirt, hierauf wird vom Rathe ein Proclam auf ein Jahr und ſechs Wochen erlaſſen, und wenn die Acquiſition durante proclamate nicht angefochten wird, das Grundſtück mittelſt einer Auftragsreſolution dem Erwerber adjudicirt, und ſolches, ehemals in dem „Erbe- und Auftragebuche," jetzt aber in dem „Grundbuche" verzeichnet.

Der Auflaß oder die Corroboration iſt demnach zur Erwerbung des vollkommenen Eigenthums an einem Immobil durchaus erforderlich. Der Erwerber erhält dadurch erſt eine dingliche Klage. Indeſſen macht der Mangel des Auflaſſes das Rechtsgeſchäft nicht ungültig, ſondern ſuspendirt nur die Ausübung wirklicher Eigenthumsrechte von Seiten des Erwerbers, indem ihm nur gegen den Veräußerer eine perſönliche Klage geſtattet wird, er aber an dem gekauften Immobil keinen Bau vornehmen, noch daran ein Pfandrecht beſtellen, noch das Haus einem Dritten veräußern darf[14].

Hieraus folgt aber keineswegs, daß ein von Mann und Frau in der Ehe erworbenes, aber noch nicht aufgetragenes Immobil, nach dem Tode eines der Eheleute wegen fehlender Auflaſſung nicht die Erbgutseigenſchaft haben ſollte.

Der Erwerber eines Immobils iſt vor dem Auflaß noch nicht vollkommner Eigenthümer im öffentlichen Verhältniſſe, wie oben erwähnt, der Verkäufer bleibt ihm jedoch für Beeinträchtigung des Eigenthumes perſönlich aus dem Kaufcontracte zur Entſchädigung verpflichtet. In ſo fern behält das Rechtsgeſchäft ſelbſt ſeine Gültigkeit, daher kann auch durch den Mangel des Auftrags der Eigenſchaft der Sache, wie z. B. hier der Erbgutsqualität, die durch den Erwerbstitel, den Kauf, mit bedingt wurde, kein Abbruch geſchehen. „Was beide annoch lebende Eheleute an unbeweglichem Erbe kaufen, wird, ſobald einer ihrer ſtirbt, Erbgut;" ſo lautet das Statut[15], daſſelbe ver-

14) Der Stadt Riga willkürliche Geſetze und Rechte, Tit. I. §. 7 u. 8. Rig. Stat. B. II. Cap. 35 §. 1; B. III. Tit. 9 §. 5.
15) Rig. Stat. B. III. Tit. 11. §. 4.

Digitized by Google

langt nicht, daß das Immobil, um Erbgut zu werden, durch den Auflaß durchaus in das vollkommene Eigenthum des Erwerbers übergegangen ſein müſſe, ſondern daß dieſer nur diejenigen Eigenthumsrechte erworben habe, die er durch den Kauf und die außergerichtliche Uebergabe der Sache erhält: „Wenn Käufer und Verkäufer des Kaufs einig ſind, — heißt es im Eingange dieſes Titels der Statuten — ſo iſt der Handel geſchloſſen, und erlanget der Käufer das Eigenthum des Guts, wenn ihm das Verkaufte übergeben worden" [16]).

Es gehören demnach nach den Rigiſchen Statuten die Corroboration und der gerichtliche Auflaß nicht zu den weſentlichen Erforderniſſen, um Erbgutsqualität zu begründen.

IV. Die Gottlob W.'ſchen Teſtamentsexecutoren geben zwar zu, daß nach den Stadtrechten Gütergemeinſchaft unter Eheleuten Statt finde, leugnen aber, daß ſolche ſich auch auf den überlebenden Ehegatten und die Kinder erſtrecke.

Einige Rechtslehrer nehmen als gemeines Recht an, daß überall, wo während der Ehe allgemeine Gütergemeinſchaft Statt fand, ſolche auch zwiſchen dem überlebenden Gatten und den Kindern eintreten müſſe, oder mit andern Worten, daß der überlebende Ehegatte mit den Kindern in ungetheilter Were bleibe; andere dagegen [17]) behaupten, daß weder ältere Statuten, noch die Natur der Gütergemeinſchaft auf eine ſolche Anſicht führen, ſondern daß, da es ſchon früh natürlich geſchienen, daß der Ueberlebende die Kinder erziehe, man auch bald zu der Gewohnheit gekommen ſei, daß der Ueberlebende die Kinder und das ganze Vermögen in ſeiner Were behalte, und daß in den meiſten Fällen das, was man als fortgeſetzte Gütergemeinſchaft betrachtet, nur Fortſetzung der ohne Rückſicht auf eine neue Gütergemeinſchaft begründeten vormundſchaftlichen Verwaltung des überlebenden Ehegatten, und eine Folge der auf Billigkeit gegründeten Anſicht von dem Zuſammenhange des fortdauernden Genuſſes des ganzen Vermögens mit der Erziehung der Kinder ſei,

---

16) Ebendaſ. §. 1.

17) C. J. A. Mittermaier, Grundſätze des gemeinen Deutſchen Privatrechts Bd. II. §. 404.

daß daher aus dem Daſein der allgemeinen Gütergemeinſchaft an einem Orte noch nicht folge, daß auch die fortgeſetzte dort beſtehe, ſondern daß von jedem, der dieſes Verhältniß behaupte, nachgewieſen werden müſſe, daß, und in welchem Umfange das Landesgeſetz oder die Landespraxis die fortgeſetzte Gütergemeinſchaft geſtatte, und daß es endlich überall einer genauen Prüfung bedürfe, ob wirklich fortgeſetzte Gütergemeinſchaft da ſei, und nicht vielmehr das Verhältniß ſich in ein bloß fortdauerndes Mundium oder in ein vormundſchaftliches Verhältniß auflöſen laſſe.

Bei einer ſolchen Prüfung der Rigiſchen Statuten ergiebt ſich aber, daß hier durchaus eine Prorogation der Gütergemeinſchaft angenommen werden müſſe. Einestheils kann nämlich bei uns kein reines vormundſchaftliches Verhältniß zwiſchen dem überlebenden Gatten und den Kindern angenommen werden, da ſelbſt mündig gewordene Kinder den überlebenden Vater, oder die überlebende Mutter, bevor der eine oder die andere zur andern Ehe ſchreitet, nicht zur Theilung zwingen können, anderntheils aber ſagen unſere Statuten ausdrücklich, wo ſie von der Inteſtatſucceſſion und von der Abſonderung der Kinder und Eltern handeln, daß „die Kinder in den Wehren bleiben," in dem „gemeinen Saamen ſtehen," und nennen auch ſolche Gütergemeinſchaft „den gemeinen Haufen"[18]). Deutlich genug iſt der Begriff einer prorogirten Gütergemeinſchaft in folgender Stelle der Rig. Statuten ausgeſprochen[19]): „Wenn Mann und Frau „Kinder mit einander haben, welche ſie bei ihrer Lebzeiten „mit beſcheidenem Gute von ſich abgetheilet, oder aber, „da einer der Eltern, nach Abſterben deren eines, bei „Trennung in die andere Ehe, die erſten Kinder abgeleget hätte, nach Stadtrechten; ſo ſollen ſolche abgeſonderte Kinder von aller künftigen Erbſchaft ihrer beiderſeits Eltern ſich enthalten; die andern Kinder „aber, ſo in den Wehren geblieben, und in „dem Saamen ſtehen, ſollen das übrige Gut „ihrer Eltern allein theilen."

18) Rig. Stat. B. IV. Tit. 1 §. 1. Tit. 4 §. 6. F. G. v. Bunge, Privatrecht §. 278.

19) Rig. Stat. B. IV. Tit. 3 §. 1.

Der in unſerem Falle von den Teſtamentsexecutoren angeführte Grund, daß die nachbleibenden Kinder nach dem Tode eines der Eltern kein Erbrecht an dem gemeinſchaftlichen Eigenthume beider Eheleute haben, indem ein ſolcher Erbantheil durch eine abermalige Heirath des überlebenden Ehegatten, oder durch eine von demſelben freiwillig unternommene Erbtheilung erſt entſtehe, verräth nur Mißverſtehen der in den Rigiſchen Statuten über die eheliche Gütergemeinſchaft vorhandenen Beſtimmungen, da nach ſelbigen den Kindern allerdings ein Erbrecht an dem Gemeingut zuſteht, das eventuelle Erbrecht der Eltern und Kinder aber auf keine beſtimmten, ſondern nur auf ideelle Theile vom Ganzen geht.

V. Ein Pflichttheil im Sinne des Römiſchen Rechts, welches einem Teſtator zur Pflicht macht, gewiſſen Inteſtaterben die Legitima, oder den geſetzlich beſtimmten Theil deſſen, was dieſe ab intestato erben mußten, zu hinterlaſſen, oder dieſelben aus in dem Geſetze bezeichneten Urſachen zu enterben, kann wohl nach den Rigiſchen Statuten unbedingt nicht angenommen werden; weil die meiſten dem Rigiſchen Rechte unterworfenen Nachlaßmaſſen auch aus ſolchen Vermögenstheilen beſtehen, welche die Erblaſſer nicht als freies Eigenthum beſaßen, und den nächſten Inteſtaterben durch letzte Willensdispoſitionen nicht entziehen durften, auch von Enterbungsurſachen in dem Statut nur die einzige angeführt worden, daß diejenigen, welche „in einen päbſtlich-geiſtlichen Mönchs- oder Nonnenſtand ſich begeben hätten und darin Gehorſam thäten," kein Erbe oder fahrendes Habe erheben ſollen[20]. Obgleich nun auch einige Rechtslehrer wider die Anwendung der Römiſchen Anſichten vom Pflichttheil auf das Deutſche Inſtitut der ſtatutariſchen Portion ſind[21], ſo nimmt man doch an, daß nach dem Rigiſchen Recht Deſcendenten, überlebende Ehegatten und Aſcendenten ſowohl in Beziehung auf ererbte Immobilien, als auch auf Mobilien und wohlerworbene Immobilien als Notherben anzuſehen ſind[22], und daß der überlebende Ehegatte, wenn er beerbt iſt, von dem in der Gütergemeinſchaft begriffenen

20) Rigiſche Statuten B. IV. Tit. 2. §. 2.
21) Mittermaier, Privatrecht Bd. II. §. 443.
22) v. Bunge, Privatrecht §. 419.

Vermögen nur über ſo viel auf den Todesfall verfügen dürfe, als ihm bei der Theilung mit den Kindern zukommen würde [23]), während dazu Jünglinge von 18 und Jungfrauen von 14 Jahren und Wittwen die Einwilligung ihrer Vormünder und Curatoren bedürfen [24]).

Möge nun dieſe Annahme in der Praxis oder anderweitig begründet ſein, ſo kann doch hinſichtlich der Erbgüter ſolchen Notherben ihr geſetzlicher Erbtheil nur aus dem einzigen Grunde, daß ſie etwa in ein Catholiſches Kloſter getreten ſind, entzogen werden. Es können demnach nur hinſichtlich des nicht in der Gütergemeinſchaft befangenen Vermögens die Grundſätze des Römiſchen Rechts vom Pflichttheil in Anwendung kommen, nirgends iſt aber in den Rigiſchen Statuten die Anordnung enthalten, daß der Pflichtheil nur in einer Erziehungsquote beſtehen ſolle [25]), wie die Gottlob W.'ſchen Teſtamentsexecutoren behaupten.

Da nun, wie oben dargethan worden, die Hälfte des Gottlob W.'ſchen Nachlaſſes mit Erbgutsqualität behaftet war, und der Teſtator darüber keine eigen beliebige Dispoſition treffen durfte, ſo war das Teſtament hinſichtlich dieſes Theils des Nachlaſſes nichtig, während ſeine Dispoſition hinſichtlich des Theils, worüber er ein völlig freies Eigenthumsrecht hatte, gültig bleiben mochte, wenn keine anderen geſetzlichen oder rechtlichen Hinderniſſe dem entgegen ſtanden. Der Grundſatz des Römiſchen Rechts, nemo pro parte testatus, pro parte intestatus decedere potest, kann nach unſerem ſtatutariſchen Rechte in Fällen, wo Erbgüter, oder mit deren Qualität behaftete Vermögenstheile, die geſetzlich den nächſten Inteſtaterben nicht entzogen werden dürfen, vorhanden ſind, eben ſo wenig, als die Römiſche Anſicht vom Pflichttheil und Notherben Anwendung finden [26]).

---

23) Ebendaſ. §. 418.

24) Rig. Stat. B. III. Tit. 4 §. 4; B. III. Tit. 16 §. 2.

25) Dies gründet ſich auf die bloß im Landrecht, keinesweges aber im Stadtrecht zur Anwendung kommende Königl. Schwediſche Teſtamentsſtadga vom 3. Juli 1686 §. 2. Vergl. v. Bunge's Privatrecht §. 381 und §. 417 Anm. f.

26) v. Bunge's Privatrecht §. 411.

V.

Ueber die Aufhebung von Rechtsgeſchäften wegen laesio enormis.

Von C. O. v. Madai.

A. Nach gemeinem Recht.

§ 1.

Einleitung.

Es giebt Controverſen, die durch ihr Alter eine gewiſſe Ehrwürdigkeit, durch Verjährung gleichſam ein Recht auf ihre Fortdauer erworben haben, ſo daß jedes Beſtreben der Wiſſenſchaft, ſie ihrer allendlichen Beſeitigung näher zu führen, als ein vergebliches, in den Augen Mancher ſogar als ein Frevel erſcheint. Wird nun auch dieſe Anſicht ſo offen und unverholen auf dem Gebiete der Wiſſenſchaft nicht ausgeſprochen, ſo macht ſie gleichwohl unter einem andern Gewande ſich geltend. Man ſtützt ſich nämlich darauf, daß durch die Praxis ein vorhandener Streitpunkt entſchieden ſei, ohne weitere Rückſicht, ob ſie den Knoten gelöſt oder willkürlich zerhauen: und jedes Bedenken über die Richtigkeit dieſer Entſcheidung wird von vorn herein durch die Berufung auf die Praxis zurückgewieſen.

Das hier Geſagte gilt in beſonderem Maße von dem bekannten Streite über die Auslegung und Anwendung der L. 2 C. de rescindenda venditione. Die Civiliſten unſerer Zeit lehren faſt einhellig, daß die Beſtimmung dieſer L. 2 C. über Aufhebung eines Kaufgeſchäftes wegen laesio enormis nicht auf den Verkäufer zu beſchränken, vielmehr auch auf den Käufer, ſo wie auf andre oneroſe Verträge anzuwenden ſei. Für dieſe Ausdehnung berufen ſie ſich auf die Praxis, wenn auch hier und da Zweifel an der Richtigkeit derſelben ausgeſprochen werden. So ſoll denn alſo die Praxis allein über einen der wichtigſten Rechtsſätze des Obligationenrechts entſcheiden, ſo daß Appellation dagegen unzuläſſig? Kann aber die Wiſſenſchaft, kann die Praxis ſelbſt ſich dabei beruhigen? Hat nicht auch dieſe letztere das Intereſſe, das Bewußtſein der Richtigkeit ihrer Entſcheidung in ſich zu tragen? Kann und darf ſie eine Herrſchaft ausüben wollen, deren Rechtmäßigkeit ihr ſelbſt zweifelhaft werden muß, wenn zu allen Zeiten gründliche Forſcher des Rechts ſich bald mehr, bald weniger beſtimmt gegen ſie erklärt? Und ſollte endlich nicht der einzelne Richter, der doch ein Diener des Rechts iſt, von einer Praxis, deren Irrthümlichkeit er klar erkannt hat, abzuweichen berechtigt, ja verpflichtet ſein?

Da bei der in Rede ſtehenden Controverſe die Praxis ſo beſonders entſcheidenden Einfluß geübt, ſo iſt vor allem das Verhältniß dieſer letzteren zu dem Recht, wie zu der Wiſſenſchaft deſſelben als eine nothwendige Vorfrage etwas näher zu erörtern. Schon der Begriff der Praxis iſt ein überaus ſchwankender. Verſteht man

darunter das oberflächliche Feſthalten an die Art, wie etwas bisher geſchehen iſt, unbekümmert um die Gründe, „ſo iſt dieſelbe,“ wie Schweppe [1]) mit Recht bemerkt, „als Schlendrian und Huldigung des Bequemlichkeitsſinns“ gar keiner Beachtung werth. Nimmt man dagegen die Praxis in dem Sinne „eines Syſtems von Rechtsgrundſätzen, wie ſie ſich in und durch die Anwendung geſtalten, woraus ein der Theorie entgegengeſetztes Syſtem der Praxis hervorgehen kann, wohin dann die Beſtimmung gehört, ob etwas anwendbar ſei, und in welchem Maße, mit welchen Milderungen und Modificationen,“ ſo fällt hier die Praxis theils mit der Gewohnheit, theils mit der ſ. g. gemeinen Meinung zuſammen. Zwar ſind nun manche Rechtslehrer der Anſicht, daß Rechtsnormen, die eine entſchiedene Praxis und überhaupt die Bedingungen einer rechtsverbindlichen Gewohnheit für ſich haben, an und für ſich auf dem Gebiete des gemeinen Rechts als eigentlich bindend zu betrachten ſeien. Indeß darf dabei richtiger die Entſtehung ſolches Gerichtsgebrauchs nicht gänzlich außer Acht gelaſſen werden. Liegt demſelben ein Irrthum zu Grunde, beruht er namentlich auf unrichtigem Verſtändniß eines Geſetzes, ſo kann derſelbe eben ſo wenig als überhaupt eine Rechtsgewohnheit, die auf irrigen, dem Geiſte des beſtehenden Rechts zuwiderlaufenden Vorſtellungen beruht, verbindliche Kraft haben. Es iſt hier zu erinnern an den Ausſpruch des Celſus: „quod non ratione introductum, sed er-

1) Schweppe, das Römiſche Privatrecht. 4te Aufl. Bd. 1. § 37.

rore primum, deinde consuetudine obtentum est, in aliis similibus non obtinet", ſo wie an die Worte Juſtinian's: „quae male excogitata sunt, ea nec longa consuetudine confirmari volumus." Was nun aber die ſ. g. gemeine Meinung betrifft, ſo iſt (abgeſehen davon, daß in den meiſten Fällen das, was eigentlich die gemeine Meinung der Rechtsgelehrten in Anſehung einer gewiſſen Streitfrage ſei, ſchwer zu ermitteln iſt, denn ſoll hier Mehrheit oder das Gewicht einzelner Stimmen entſcheiden?) dieſer noch weniger verbindende Kraft beizulegen. Denn 1) fehlt es bei uns, wie ſchon von Schweppe a. a. O. bemerkt iſt, an der bei den Römern freilich vorhandenen, geſetzlichen Anerkennung dieſer Rechtsquelle; 2) kann eine frühere übereinſtimmende Meinung der Juriſten nicht auch noch in einer ſpäteren Zeit Geſetz ſein; am wenigſten heut zu Tage, wo der Quellen-Vorrath ſich erweitert hat, wo die wiſſenſchaftlichen Anſichten ſich ſo geändert haben, und die Behandlung des Rechts ſelbſt eine andere geworden; 3) wird man auch bei näherer Nachforſchung faſt immer gewahr, daß die als allgemeine Lehre ausgegebenen Sätze ſchon zu jeder Zeit ihre Gegner gefunden haben.

Wenn nun mit den hier angeführten Anſichten gewiß jeder Juriſt einverſtanden ſein wird, ſo wird auch zugegeben werden müſſen, daß durch die ſo oft ausgeſprochene Behauptung, die Praxis habe nun einmal die Ausdehnung der laesio enormis auf den Käufer und andere aus oneroſen Verträgen erwerbende Perſonen entſchieden, der Streit nicht beendet, und noch viel weniger

jede wiederholte wiſſenſchaftliche Prüfung dieſes Gegenſtandes überflüſſig gemacht worden ſei. Würde durch eine ſolche die Unrichtigkeit der bisher in der Praxis allgemein befolgten Anſicht auf das beſtimmteſte erwieſen, ſo würde nach dem Obigen die Praxis verpflichtet ſein, den Irrthum gegen eine richtigere Lehre aufzugeben. In ſofern darf der Verfaſſer des nachſtehenden Aufſatzes wohl erwarten, man werde ihm nicht den Vorwurf machen, einen unpractiſchen, dem Zweck dieſer Blätter unangemeſſenen Gegenſtand erwählt zu haben. Daß die hier aufgeſtellte Anſicht unumſtößlich und allein die richtige, iſt derſelbe weit entfernt zu glauben. Doppelt thöricht wäre ſolche Anmaßung bei einer Controverſe, die Jahrhunderte hindurch die größten Kenner des Civilrechts beſchäftigt und zu entgegengeſetzten Anſichten geführt hat. Nur auffordern möchte der Verfaſſer zu erneuerter Prüfung der Streitfrage, die mit Unrecht mehr und mehr als eine abgethane angeſehen wird, und zugleich auf eine bisher noch nicht eingeſchlagene Betrachtungsweiſe die Aufmerkſamkeit der Rechtskundigen richten.

§ 2.

Standpunkt der Controverſe.

Bekanntlich legt eine Conſtitution der Kaiſer Diocletian und Maximian dem Verkäufer das Recht bei, wenn er weniger als die Hälfte des Werthes der verkauften Sache als Kaufpretium erhalten (laesio ultra dimidium s. enormis), Aufhebung des ganzen Kaufgeſchäfts zu verlangen, falls der Käufer ſich nicht bereit

findet, ſo viel nachzuzahlen, als der wahre Werth der Sache beträgt. Dieſe in einem Reſcript enthaltene Verordnung, ward von denſelben Kaiſern ſpäterhin in einem zweiten Reſcript wiederholt und in einigen Punkten näher beſtimmt. Beide Reſcripte ſind uns in Juſtinian's Codex erhalten und lauten alſo:

1. L. 2. C. de rescindenda venditione. (4, 44) — Rem maioris pretii, si tu vel pater tuus minoris distraxerit, humanum est, ut vel pretium te restituente emtoribus, fundum venundatum recipias, auctoritate iudicis intercedente, vel si emtor elegerit, quod deest iusto pretio, recipias. Minus autem pretium esse videtur, si nec dimidia pars veri pretii soluta sit. —

2. L. 8. C. eod. — Si voluntate tua fundum tuum filius tuus venundedit, dolus ex calliditate atque insidiis emtoris argui debet, vel metus mortis, vel cruciatus corporis imminens detegi, ne habeatur rata venditio. Hoc enim solum, quod paulo minore pretio fundum venditum significas, ad rescindendam venditionem invalidum est. Quodsi videlicet contractus emtionis atque venditionis cogitasses substantiam, et quod emtor viliore comparandi, venditor cariore distrahendi votum gerentes, ad hunc contractum accedant, vixque post multas contentiones, paulatim venditore de eo quod petierat, detrahente, emtore autem huic quod obtulerat, addente, ad certum con-

sentiant pretium: profecto perspiceres, neque bonam fidem, quae emtionis atque venditionis conventionem tuetur, pati, neque ullam rationem concedere, rescindi propter hoc consensu finitum contractum, vel statim, vel post pretii quantitatis disceptationem: nisi minus dimidia iusti pretii, quod fuerat tempore venditionis, datum esset, electione iam emtori praestita, servanda. —

Ob ſchon zur Zeit der claſſiſchen Pandectenjuriſten die Willkür der Parteien bei Feſtſetzung des Kaufpreiſes in der hier angegebenen Weiſe beſchränkt geweſen ſei (denn eine derartige Beſchränkung liegt doch offenbar den Verordnungen Diocletians und Maximians zu Grunde), iſt unter den Rechtslehrern beſtritten. Die Gründe der bejahenden Meinung ſind wenigſtens nicht durchgängig zu billigen. Es wird nämlich 1) beſonderes Gewicht darauf gelegt, daß die bona fides, die doch jedem Kaufgeſchäfte weſentlich zu Grunde liegen müſſe, eine übermäßige Verletzung der einen Partei nicht geſtatte, ſo wie daß ſolche Verletzung dem bonum et aequum, wonach der Richter zu entſcheiden habe, widerſprechen würde, und daß endlich in L. 3 C. communia utriusque iudicii allgemein geſagt ſei, bei bonae fidei negotiis werde das perperam und inaequaliter nicht geduldet, was dann in andern Geſetzen näher beſtimmt und auf die laesio enormis angewendet worden. Indeß iſt aus ſo allgemeinen Gründen ein beſtimmter Schluß mit nur einiger Sicherheit um ſo weniger zu ziehen, da es gerade

in der Natur des Kaufgeſchäftes liegt [2]), daß die Parteien einander zu übervortheilen ſuchen; indem der Käufer die Sache möglichſt unter ihren Werth erwerben, der Verkäufer ſie möglichſt über ihren Werth verkaufen möchte. Daher ein derartiger höherer Gewinn des einen den andern noch nicht zur Aufhebung des ganzen Vertrages berechtigen kann. Darauf deuten wiederholt auch ſchon die Römiſchen Juriſten hin. So Paulus in L. 22. § 3. D. locati (19, 2): — quemadmodum in emendo et vendendo naturaliter concessum est, quod pluris sit, minoris emere; quod minoris sit, pluris vendere, et ita invicem se circumscribere: ita in locationibus quoque et conductionibus iuris est; desgleichen Hermogenian in L. 23. D. locati: — et ideo, praetextu minoris pensionis, locatione facta, si nullus dolus adversarii probari possit, rescindi locatio non potest; endlich Ulpian mit Berufung auf Pomponius in L. 16. § 4. D. de minoribus (4, 4): — Idem Pomponius ait, in pretio emtionis et venditionis naturaliter licere contrahentibus se circumvenire. Mit nicht viel mehr Glück beruft ſich 2) Cujaz auf L. 47. D. de evictionibus (21, 1) [3]). Wenn ich, lehrt hier African, zwei Sclaven jeden zum Preiſe von 5 kaufe, und einer derſelben wird evincirt, ſo habe

---

2) Vergl. die oben citirte L. 8. C. de rescindenda.

3) L. 47. D. de evictionibus (21, 1): — si duos servos quinis a te emam, et eorum alter evincatur, nihil dubii fore, quin recte eo nomine ex emto acturus sim, quamvis alter decem dignus sit: nec referre, separatim singulos, an simul utrumque emerim. cf. L. 72. D. eod.

Digitized by Google

ich ſelbſt dann die actio ex emto gegen den Verkäufer, wenn auch der in meinen Händen gebliebene 10 werth iſt, gleichviel, ob ich beide einzeln, oder zuſammen gekauft habe. Cujaz argumentirt nun: aus Afrikan's Ausſpruch ergibt ſich, daß der Kauf zwar noch giltig, obgleich jeder Sclave gerade noch einmal ſo viel werth, als der für ihn gezahlte Kaufpreis, mithin folgt, per argumentum e contrario, daß, wäre der Sclave noch mehr, alſo etwa ſtatt 10, gar 11 werth geweſen, der Kauf ungiltig ſein würde: offenbar war alſo ſchon den claſſiſchen Pandectenjuriſten das Princip des laesio enormis bekannt. Die Richtigkeit dieſer ganzen Schlußfolge kann indeß unmöglich zugegeben werden. Abgeſehen davon, daß das argumentum a contrario ſchon an ſich in den meiſten Fällen ein mißliches Beweismittel, kann hier daſſelbe um ſo weniger etwas ergeben, da die vorliegende Stelle eine Frage behandelt, die mit der laesio enormis in gar keiner näheren oder entfernteren Beziehung ſteht. African will einen leicht möglichen Zweifel beſeitigen, nicht aber den, wie Cujaz irrig annimmt, ob nicht der Klage des Käufers hier entgegengeſetzt werden könne die Einrede der laesio enormis, da der Sclave noch einmal ſo viel werth als das dafür gezahlte Kaufgeld: vielmehr den Zweifel, ob nicht die Klage wegen Eviction wegfalle, wenn zufällig in den Händen des Käufers noch ſo viel vorhanden, als er an Kaufpretium gezahlt, derſelbe alſo keinen Verluſt erlitten zu haben ſcheint. Die Richtigkeit dieſer letzteren Beziehung ergibt ſich von ſelbſt aus den Worten: si alter evincatur — — recte eo nomine (sc. evictionis)

acturus sim. — Gewichtvoller dagegen dürfte für die obige Anſicht eine Aeußerung des Paulus in L. 2. D. depositi (16, 3) ſein. In den Endworten der vorangegangenen Stelle wird folgender Fall erwähnt 4). Der Erbe hat eine in dem Nachlaß vorgefundene Sache, die dem Erblaſſer, ſei es als Depoſitum oder als Commodat, gegeben worden, in der Meinung, ſie ſei Eigenthum des Erblaſſers geweſen, verkauft. Der frühere Eigenthümer fordert nun die Sache vom Erben zurück. Unzweifelhaft iſt hier der Erbe zur Herausgabe des empfangenen Kaufgeldes verpflichtet. Bei dieſer Gelegenheit fügt aber Paulus a. a. O. hinzu: „quid ergo, si pretium nondum exegit? aut minoris quam debuit vendidit? actiones suas tantummodo praestabit." — Alſo, hat der Erbe die Sache zu wohlfeil verkauft, ſo ſoll er ſeine Klage dem Eigenthümer cediren. Damit iſt indirect anerkannt, daß der Erbe ſelbſt, als Verkäufer, eine Klage wegen zu geringen Kaufgeldes gehabt haben würde. Vorausgeſetzt nun, daß hier keine Interpolation vorliege (denn möglich wäre es, daß die Worte aut minoris, quam debuit, vendidit, mit Beziehung auf die L. 2. C. de rescindenda venditione von den Compilatoren eingeſchaltet worden, wiewohl dann das actiones

4) L. 1. § 47. D depositi (16, 3): — Ulpian — quia autem dolus duntaxat in hanc actionem venit, quaesitum est, si heres rem apud testatorem depositam, vel commodatam distraxit, ignarus depositam vel commodatam, an teneatur? Et quia dolo non fecit, non tenebitur de re. An tamen vel de pretio teneatur quod ad eum pervenit? Et verius est, teneri eum, hoc enim ipse dolo fecit, quod id, quod ad se pervenit, non reddit.

ſuas ebenfalls unächt ſein müßte), würde allerdings durch dieſen Ausſpruch des Paulus erwieſen ſein, daß ſchon zur Zeit der claſſiſchen Pandectenjuriſten die Anfechtbarkeit eines Kaufgeſchäftes wegen Verkaufs unter dem Werth unter Umſtänden ſtatthaft geweſen. So intereſſant und wichtig es nun auch für die Rechtsgeſchichte iſt, über dieſen Punkt ins Reine zu kommen, ſo kann demſelben doch für die Entſcheidung unſerer Controverſe nicht ein beſonderes Gewicht beigelegt werden, wie von Manchen geſchehen. Nur dann würde dies der Fall ſein, ließe aus den Pandecten oder rechtshiſtoriſchen Claſſikern ſich, wenn auch nur ein beſtimmtes Beiſpiel nachweiſen, daß man auch dem Käufer das Recht der Anfechtung des Vertrages wegen laesio enormis zugeſtanden habe. Die genügende Löſung unſerer Streitfrage kann demnach nicht in dem älteren Rechte, vor dem Erſcheinen der L. 2. und 8. C. de rescindenda venditione geſucht werden. Dagegen wiſſen wir mit Beſtimmtheit, daß Diocletian's und Maximian's Nachfolger die letzterwähnten Conſtitutionen außer Kraft geſetzt. Es ergiebt ſich dies aus mehreren Verordnungen, die uns im Codex Theodosianus erhalten ſind. Dahin gehören [5])

1) Eine Verordnung Conſtantin's v. J. 319: — venditionis atque emtionis fidem, nulla circumscriptionis violentia factam, rumpi minime decet. Nec enim sola pretii vilioris querela contractus sine ulla culpa celebratus litigioso strepitu turbandus est.

---

5) Vgl. L. 1. 4. 7. C. Th. de contrahenda emtione.

2) Eine Verordnung der Kaiſer Gratian, Valentinian und Theodoſius v. J. 383: — quisquis maior aetate, atque administrandis familiarum suarum curis idoneus comprobatus praedia, etiam procul sita, distraxerit, etiamsi praedii forte totius quolibet casu minime facta distractio est, repetitionis in reliquum, pretii nomine vilioris, copiam minime consequatur. Neque inanibus immorari sinatur obiectis, ut vires sibimet causetur locorum incognitas, qui familiaris rei scire vires, vel merita atque emolumenta debuerit.

3) Eine Verordnung der Kaiſer Arcadius und Honorius v. J. 396: — semel inter personas legitimas initus emti contractus et venditi, ob minorem annumeratam pretii quantitatem nequeat infirmari.

Eine ausdrückliche Aufhebung der L. 2. und 8. C. cit. iſt allerdings in dieſen Geſetzen nicht ausgeſprochen. Man könnte demnach vielleicht geneigt ſein, die Sache ſich ſo vorzuſtellen: durch die angeführten drei Verordnungen ſei nur die allgemeine Regel, daß Kaufgeſchäfte wegen geringerer Differenzen zwiſchen Preis und Werth der Sache nicht angefochten werden ſollen, aufs neue eingeſchärft worden, wobei jedoch die ſpecielleren Beſtimmungen der L. 2. und 8. C. cit. als Ausnahmen in Kraft geblieben. Dieſer Annahme aber widerſpricht 1) der Umſtand, daß gerade dieſe L. 2. und 8. C. in den Codex Theodosianus, der doch eine authentiſche Sammlung aller noch geltenden kaiſerlichen Conſtitutionen ent-

halten ſollte, nicht aufgenommen worden. 2) erhält das in dieſen drei Verordnungen ſo wiederholt eingeſchärfte Verbot erſt ſeine rechte Bedeutung und Erklärung, beziehen wir daſſelbe auf die L. 2. und 8. C. cit., während es ſonſt als eine überflüſſige Wiederholung erſcheinen muß. 3) hat Juſtinian dadurch, daß er dieſe 3 Conſtitutionen in ſeinen Codex nicht aufgenommen, hinlänglich ausgeſprochen, daß er deren Inhalt mit dem der L. 2. und 8. C. cit. für unvereinbar halte. So gewiß nun auf der einen Seite vermuthet werden darf, daß Diocletian's und Maximian's Verordnungen über laesio enormis eine Zeit lang außer Kraft getreten, ſo beſtimmt wiſſen wir, daß ſie unter Juſtinian (ob ſchon früher, läßt ſich nicht ermitteln) wieder aufgelebt. Es ergiebt ſich dies theils aus ihrer Aufnahme in den Codex repetitae praelectionis, theils aus der Weglaſſung der mit ihnen in Widerſpruch ſtehenden Conſtitutionen des Codex Theodosianus, ſo weit man bei dieſen nicht durch Interpolationen die Antinomie beſeitigen konnte oder wollte [6]). So vermag demnach auch hier hiſtori-

6) Die zweite nämlich der obigen Verordnungen aus dem Codex Theodosianus findet ſich im Codex Iustinianeus, L. 15. C. de rescind. vendit. wieder, allein mit einer, wenngleich unſcheinbaren Interpolation, die allen Widerſpruch der urſprünglichen Conſtitution mit der L. 2. C. de rescind. vend. aufhebt. Es heißt nämlich in der ohnehin ſehr abgekürzten L. 15. C. de rescind.: „paulo vilioris pretii nomine, repetitionis rei venditae copiam minime consequatur", wogegen in der urſprünglichen Verordnung das „paulo" fehlt. Während alſo nach dieſer letzteren der zu geringe Kaufpreis zur Aufhebung des Vertrages gar nicht berechtigen ſoll, iſt nach L. 15. C. I. Aufhebung nur dann unterſagt,

ſche Forſchung über den Umfang und die rechte Bedeutung unſerer L. 2. und 8. C. cit. keinen befriedigenden Aufſchluß zu geben, der vielmehr nur von einer gründlichen dogmatiſchen Prüfung ihres Inhaltes ſich erwarten läßt.

§ 3.

Prüfung der verſchiedenen Anſichten.

Grammatiſche Interpretation ergiebt folgenden Hauptinhalt der L. 2. und 8. C. de rescindenda venditione. Der Verkäufer eines Grundſtücks kann, wenn das Kaufgeld zu gering iſt, gegen Rückzahlung deſſelben, die Rückgabe des verkauften Grundſtücks fordern, wenn nicht der Käufer ſich bereit findet, das Kaufgeld zu einem iustum pretium zu ergänzen. Zu gering aber iſt das Kaufgeld, wenn es nicht einmal die Hälfte des wahren Werthes, den die Sache zur Zeit ihres Verkaufs hatte, betrug. In jedem andern Falle genügt der Vorwand, daß ein Grundſtück etwas zu wohlfeil verkauft ſei, nicht zur Aufhebung des Kaufvertrages, da es in der Natur des letzteren liegt, daß der Käufer ſo wohlfeil als möglich zu kaufen, der Verkäufer ſo theuer als möglich zu verkaufen wünſcht, mithin beide Parteien möglichſt viel Gewinn mit dem Schaden des Andern zu ziehen ſtreben.

Strenge Diener des Worts geben dem zufolge das Recht wegen etwaniger laesio enormis Aufhebung des

---

wenn der Kaufpreis „etwas“ unter dem Werthe: — „paulo vilioris pretii“ — iſt.

Kaufgeſchäfts zu verlangen, nur dem Verkäufer eines fundus, denn nur von dieſem reden die Geſetze [7]. Dabei nehmen ſie jedoch das Wort nicht gerade in ſeiner engſten Bedeutung, als „fruchttragendes Grundſtück," vielmehr in einem weiteren Sinne, als Repräſentanten des unbeweglichen Vermögens überhaupt, zumal in c. 3. und 6. X. de emtione et venditione (3, 17) die L. 2. C. cit. ausdrücklich auf den Verkauf von Waldungen und Gebäuden angewendet wird. Indeß iſt dieſe Beſchränkung jetzt allgemein, und mit Recht, aufgegeben. Die Anfangsworte der L. 2. C. cit. „rem maioris pretii" etc. deuten unzweifelhaft darauf hin, daß der Inhalt des Geſetzes ſich auf den Verkauf von Sachen überhaupt, und zwar nicht gerade von beſonders werthvollen Sachen allein beziehe, da der Ausdruck maioris pretii in offenbarer Beziehung zu dem nachfolgenden „minoris distraxerit" ſteht, ſo daß der Sinn dieſer: „wer eine Sache, die mehr werth iſt, zu wohlfeil verkauft" [8]) u. ſ. w.

Andere dagegen beſchränken den Anſpruch aus einer

---

7) Dieſer Anſicht iſt unter andern ſelbſt Cujaz in ſeinen Observationes Lib. XVI. c. 3. a. E.

8) Die Richtigkeit dieſer Erklärung findet ihre beſondere ausdrückliche Beſtätigung in der Art und Weiſe, in der die Baſiliken die L. 2. C. de rescindenda vend. wiedergeben. Hier nämlich wird, ohne alle ſpeciellere Beziehung auf den Verkauf eines Fundus, oder ſonſt werthvoller Gegenſtände die allgemeine Regel dahin ausgeſprochen: wer ſeine Sache zu ſehr geringem Preiſe, d. h. unter der Hälfte ihres Werthes, verkauft hat, kann gegen Rückgabe des empfangenen Geldes, ſeine Sache zurückfordern. Basilica Lib. XIX. tit. 10. Edit. Fabrot. Tom. II. p. 402.

Digitized by Google

laesio enormis auf die Perſon des Verkäufers [9]), während die jetzt faſt allgemein verbreitete Anſicht ein gleiches Recht dem Käufer zugeſteht [10]), ja die laesio enormis als einen allgemeinen Aufhebungsgrund onero- ſer Verträge überhaupt betrachtet.

---

9) Dahin gehören unter den älteren Rechtslehrern vorzüglich: Cuiacius, Observationes Lib. XVI. c. 18. Ant. Faber de erroribus pragmaticorum Decad. VIII. error. 7. Morillo, Variantium ex Cuiacio Lib. II. c. 5. Schifordegher ad Anton Fabrum Lib. III. tract. 13. quaest 5 und 6. Hugo Grotius, Florum sparsio ad ius Iustinian. ad L. 2. C. de rescind. vendit. Unter den Neueren: Madihn, Principia iuris Romani P. II. § 172. Malblanc Principia iuris Romani P. II. Sect. II. § 551. Weber, ſyſtematiſche Entwickelung der Lehre von den natürlichen Verbindlichkeiten § 41. Mueller ad Leyser. Tom. II. Fasc. II. Observ. 425. v. Batz, Abhandlungen über verſchiedene Gegenſtände des natürl. und poſit. Rechts. № 14. Schweppe, das Römiſche Privatrecht. 4te Aufl. Bd. III. § 444. Puchta Lehrbuch der Pandecten § 349. v. Weiſſeneck im Archiv für civil. Praxis, Bd. IV № 8. v. Löhr Ueberſicht der Conſtitutionen von Conſtantin I. bis Valentinian III. S. 18.

10) Dieſe Anſicht findet ſich ſchon in der Gloſſe ad L. 2. C. de rescind. vend., dann beſonders bei Donell Commentar. ad. L. 2. C. de rescind. vend. № 17. Giphanius explanatio difficiliorum et celebriorum legum Codicis ad leg. 2. C. h. t. Wissenbach in libros VII. Codicis commentatio ad leg. 2. C. h. t. Noodt Commentar. ad Dig. tit. de rescindenda venditione (18, 5). Voet Comment. ad Pand. Lib. XVII tit. 5. § 5. Lauterbach Collegium theoret.-pract. Pand. Lib. XVIII tit. 5. § 23. Weſtphal Lehre vom Kauf § 807. Zirkler Reviſion der wichtigſten Lehren des poſitiven Rechts Th. II. S. 82. Gnenther Principia iuris civilis T. III. § 1936. Thibaut Syſtem des Pandecten-Rechts 8te Aufl. Th. I. Bd. III. § 500. Mühlenbruch Lehrbuch des Pandectr. 2te Aufl. B. III. § 406. v. Wening-Ingenheim Lehrbuch d. g. C. R. 4te Aufl. B. III. Cap. 5. § 259. Mackeldey Lehrbuch des R. R. 10te Aufl. Bd. II. § 373.

Digitized by Google

Vernehmen und prüfen wir die Zeugniſſe, die für dieſe ſo verſchiedenen Anſichten beigebracht werden.

1) Die Gründe für die Beſchränkung der L. 2. und 8. C. cit. auf die Perſon des Verkäufers ſind der Hauptſache nach dieſe:

a) Beide Geſetze Diocletian's wie Maximian's reden ausdrücklich nur von dem Verkäufer; ſie ſind außerdem

b) aufgenommen in den Titel der rescindenda venditione.

c) Ihr Inhalt iſt ein ius singulare: er weicht von den allgemeinen Grundſätzen des Naturrechts (wie des poſitiven Römiſchen Rechts) ab, und darf eben deshalb nicht ausgedehnt werden.

d) Die Veranlaſſung dieſer ſingulären Beſtimmung iſt darin zu ſuchen, daß nicht ſelten der Verkäufer aus Mangel an Geld ſeine Sache zu jedem Preiſe hinzugeben genöthigt iſt. Gegen ſolchen Nothverkauf ſoll derſelbe in Schutz genommen werden, wenn er nicht wenigſtens die Hälfte des Werthes erhalten. Ein gleicher Nothſtand kommt für den Käufer gar nicht, oder doch nicht leicht vor; er kauft aus freiem Entſchluß, und ſo bedarf er eines ähnlichen Schutzes für den Fall zu großer Uebervortheilung nicht, die er mehr oder weniger ſich ſelbſt zuzuſchreiben hat. Ohnehin ſtehen ihm mancherlei andere Rechtsmittel zu Gebote.

Selbſt die Richtigkeit all dieſer einzelnen Argumente zugeſtanden, fehlt ihnen doch die eigentliche Beweiskraft.

Es wird durch keines derſelben die Unmöglichkeit der entgegenſtehenden Anſicht dargethan, ja zum Theil laufen ſie auf eine petitio principii hinaus. Sie ſind mehr eine Rechtfertigung, als ein Beweis der ausſchließlichen Richtigkeit der Anſicht, zu deren Gunſten ſie angeführt werden, wie ſich leicht aus folgenden Bemerkungen ergeben wird.

Ad a) Die L. 2. wie L. 8. C. ſind Reſcripte, Erwiderungen auf einen ſpeciellen, den Kaiſern zur Entſcheidung vorgelegten Fall. Iſt nun gleich wahr, daß die Kaiſer darin einen allgemeinen Rechtsſatz und zwar zu Gunſten des verletzten Verkäufers ausſprechen, ſo folgt doch daraus an ſich noch nicht, daß ſie nicht auch dem Käufer in gleichem Falle daſſelbe Recht beigelegt haben würden. Alterius positio non est alterius exclusio. Die Fälle, da der Käufer eine Sache um das Doppelte zu hoch bezahlt hat, ſind der Natur der Sache nach viel ſeltener, und daher erklärlich, daß eine beſondere Entſcheidung hierüber uns in den Rechtsquellen nicht aufbehalten iſt. Es beruht demnach die Beweiskraft des in Rede ſtehenden Argumentes auf der erſt noch zu erweiſenden Behauptung, daß die Kaiſer für den Fall einer laesio enormis auf Seiten des Käufers anders entſchieden haben würden, als in der L. 2. und 8. C. cit. zu Gunſten des Verkäufers geſchehen.

Ad b) Die Stellung der L. 2. und 8. C. unter den Titel de rescindenda venditione kann nichts erweiſen, da es an einem beſondern Titel de rescindenda emtione im Codex fehlt, die genannten Verordnungen

aber nothwendig in eine Rubrik, in der von Auflöſung des Kaufvertrages überhaupt die Rede, aufgenommen werden mußten. Ohnehin wird ja auch von den Gegnern zugeſtanden, daß L. 2. wie L. 8. C. den Worten nach nur vom Verkäufer handle.

Ad c) Daß die Beſtimmung der L. 2. und 8. C. cit. ein nur für den Verkäufer geltendes ius singulare, iſt eben der Gegenſtand des Beweiſes, mithin kann dieſer Satz nicht zugleich als Argument dienen. Es würde damit als bereits bewieſen voraus geſetzt, was erſt bewieſen werden ſoll. Allein ſelbſt abgeſehen hiervon, ſteht der Richtigkeit der Behauptung, die L. 2. C. weiche von den Vorſchriften des Naturrechts ab, ſehr dahin. Allerdings wird auch das Naturrecht ein einmal abgeſchloſſenes Kaufgeſchäft für bindend anerkennen müſſen, ohne Rückſicht auf geringere Differenzen des Werths der Sache und des dafür gezahlten Kaufgeldes. Ob aber auch, wenn dieſe Differenz eine ganz unverhältnißmäßig große? Sollte das Naturrecht ungerechte, jedes Maaß überſchreitende Uebervortheilung des Einen durch den Andern, wodurch alle Gleichheit aufgehoben, und jedenfalls das Gefühl der Billigkeit verletzt wird, gut heißen müſſen? Scheint nicht vielmehr auch das Naturrecht die Feſtſtellung einer Gränze erlaubter Uebervortheilungen fordern zu müſſen? Und hier nun dürfte das von dem Römiſchen Recht in der L. 2. C. angegebene Maaß ganz vernünftig ſein. Demnach würde von einem, dem Naturrecht entgegenſtehenden ius singulare der L. 2. C. nicht die Rede ſein, und damit zugleich die An-

8*

Digitized by Google

wendbarkeit des Satzes [11]): „quod contra rationem iuris receptum est, non est producendum ad consequentias" für unſre Streitfrage wegfallen. Wenn dann außerdem das Naturrecht Gleichheit der Rechte beider Contrahenten fordert, ſo ſcheint daſſelbe eher für, als gegen die Ausdehnung der L. 2. C. in Anſpruch genommen werden zu können.

Ad d) Die Behauptung, daß die eigentliche Veranlaſſung der L. 2. C. cit. in der billigen Rückſicht auf Verkäufe aus Noth liege [12]), iſt durchaus willkürlich. Während das Geſetz ſelbſt ſich nur im Allgemeinen auf Billigkeit beruft, (humanum est), wird hier die ratio legis ohne Grund ſpecialiſirt. Demnach würde eine Anfechtung wegen laesio enormis auch nur bei wirklichem Verkauf aus Noth geſtattet werden dürfen. Gleichwohl gibt es eine Reihe von andern Fällen, in denen Billigkeit ebenfalls die Zulaſſung der Anfechtung zu fordern ſcheint. So beim Verkauf einer Sache, deren Werth man unverſchuldeter Weiſe nicht gekannt, bei ſimulirten Kaufgeſchäften, bei denen die Simulation ſich nicht ſtreng juriſtiſch erweiſen läßt, und eben deshalb nur Provocation auf die Billigkeit gegen den Buchſtaben des Geſetzes die höhere Ungerechtigkeit abwenden kann u. ſ. f. Auf Fälle dieſer Art würden alſo die Anhänger jener beſchränkenden Anſicht, wollen ſie nicht mit der L. 2. C. cit. in Widerſpruch treten, deren Ausdehnung zugeben müſſen.

11) L. 14. D. de legibus.

12) Auf dieſen Grund ſtützt ſich z. B. Puchta Lehrb. der Pandecten. § 349.

Warum dann nicht auch auf den Käufer, da auch bei dieſem ein Nothkauf vorkommen kann, mithin hier dieſelbe Billigkeit wie im entgegengeſetzten Falle Berückſichtigung erheiſcht? Kurz, dieſe letztere Argumentation, weil willkürlicher, erweiſt in der That noch weniger, als irgend eine der übrigen.

2) Dagegen werden für die Ausdehnung der L. 2. C. auf die Perſon des Käufers hauptſächlich folgende Gründe geltend gemacht:

a) Die Beſchränkung des Geſetzes auf die Perſon des Verkäufers beruht auf einem unſtatthaften argumentum a contrario. Die L. 2. wie L. 8. C. cit. ſind Reſcripte, Entſcheidungen eines einzelnen den Kaiſern vorgelegten Falles, die indeß in jedem gleichen Falle als Geſetz zur Anwendung gebracht werden ſollen. In ſolchen Entſcheidungen hielten ſich die Kaiſer in der Regel an das gemeine Recht. Nach dieſem aber war beiden Theilen ſich gegenſeitig zu übervortheilen erlaubt. Setzen nun die Kaiſer hierin ein Maaß für die eine Partei feſt, ſo fordert die Gleichheit, daß dieſes auch für die andre Partei gelte, ohne daß es geſetzlich ausgeſprochen zu werden braucht. So gut alſo der Verkäufer Aufhebung des Kaufes verlangen kann, ſobald die Uebervortheilung, die ihm widerfährt, jenen Grad der Unbilligkeit erreicht hat, den das Geſetz emendirt wiſſen will, eben ſo gut der Käufer.

b) Das Geſetz gibt als ſeinen Grund die Billigkeit an. Dieſe hat ihren Zweck nicht in einer beſonderen Begünſtigung des Verkäufers, ſondern in der enormen Verletzung. Demnach iſt die Wohlthat der L. 2. C. cit.

nicht ein privilegium personae, ſondern privilegium caussae, und muß alſo nach der Abſicht des Geſetzgebers dem Käufer in gleichem Falle eben ſo gut wie dem Verkäufer zu ſtatten kommen.

c) Das Kaufgeſchäft bezweckt, ſeiner Natur nach, den beiderſeitigen Vortheil: es würde aber eine Aufhebung des Gleichgewichts der gegenſeitigen Verhältniſſe ſein, wollte man dem einen Theile eine Rechtswohlthat angedeihen laſſen, die nicht, unter völlig gleichen Umſtänden, auch dem andern Theile zu ſtatten käme.

d) Nach L. 6. C. soluto matrimonio ſteht dem Ehemann eine Klage wegen erlittener Läſion bei der aestimatio dotis zu, nun aber iſt nach L. 12. § 1. D. de iure dotium der Ehemann als Käufer der dos anzuſehen, mithin haben wir in L. 6. C. cit. eine ausdrückliche Anerkennung des Rechts des Käufers wegen laesio enormis zu klagen. Eine gleiche Beſtätigung enthält

e) die L. 1. § 13. D. si quis in fraudem creditorum.

Im Allgemeinen muß auch von dieſen Argumenten behauptet werden, daß ſie durchaus nicht alle Bedenklichkeiten beſeitigen. Sie haben mehr eine negative, die entgegenſtehende Anſicht in Zweifel ſtellende, als poſitive Beweiskraft. Zu dem enthalten auch ſie zum Theil eine petitio principii. Prüfen wir ſie einzeln näher.

Ad a) Das erſte derſelben hat einen negativen und poſitiven Beſtandtheil. Zunächſt nämlich wird die Unhaltbarkeit der entgegenſtehenden Anſicht behauptet, weil dieſelbe auf einem bei Reſcripten durchaus mißlichen

argumentum a contrario beruhe. Genau genommen iſt dies nicht richtig. Die Gegner behaupten, die L. 2. C. cit. enthalte ein ius singulare, mithin könne der Käufer ein gleiches Vorrecht nur in Anſpruch nehmen, ſofern ſich auch zu ſeinen Gunſten ein beſtimmtes Geſetz nachweiſen laſſe. Dies aber ſei nicht möglich. Sie gründen mithin die Ausſchließung des Käufers nicht auf einen logiſchen Schluß, wie das argumentum e contrario ihn vorausſetzt, vielmehr auf den Mangel an einer geſetzlichen Beſtimmung, durch welche das Recht des Verkäufers auch auf den Käufer übertragen würde. Der zweite, poſitive, Beſtandtheil der vorliegenden Argumentation beruht auf der Vorausſetzung, daß die Kaiſer die Abſicht gehabt für beide Parteien ein Maaß feſtzuſetzen, wodurch das ihnen ſonſt zuſtehende Recht ſich gegenſeitig beim Kauf und Verkauf zu übervortheilen (in emendo et vendendo concessum est contrahentibus se invicem circumscribere) in feſte Schranken zurückgewieſen würde. Iſt aber dies nicht eine offenbare petitio principii? Der Beweis dafür, daß die L. 2. C. für den Käufer wie für den Verkäufer gelte, wird geführt durch die Annahme, daß das Geſetz, wenigſtens nach der Abſicht des Geſetzgebers, auf beide Parteien berechnet ſei. Willkürlich unterlegt man dem Geſetz einen ſelbſterdachten Zweck, während man doch bitter daſſelbe Verfahren am Gegner tadelt. Unrichtig iſt endlich die Behauptung, daß ganz gleich die Lage des Käufers und des Verkäufers, ſo daß die den einen betreffende Entſcheidung, auch als Entſcheidung für den andern zu betrachten. Davon wird noch weiterhin die Rede ſein.

Ad b) Das Geſetz gibt allerdings die Billigkeit als Grund der Entſcheidung, aber gerade des vorliegenden Falles, alſo der Entſcheidung zu Gunſten des Verkäufers an. Darf nun der Richter das, was der Geſetzgeber für ein beſtimmtes Verhältniß als billig erklärt, ohne weiteres verallgemeinern? Steht denn in der That mit unwiderleglicher Gewißheit feſt, daß der Geſetzgeber in gleicher Weiſe auch zu Gunſten des Käufers entſchieden haben würde? Liegt nicht wenigſtens die Möglichkeit vor, daß die Kaiſer gerade an den Fall des Nothverkaufs gedacht, daß ihnen mithin die Unbilligkeit nicht ſowohl in dem Mißverhältniß des Kaufgeldes zu dem Werthe der Sache im Allgemeinen, vielmehr in der Aufrechterhaltung eines durch Noth dem Verkäufer abgedrungenen Kaufvertrages gelegen? Denn wenngleich auf dieſe Annahme ein ſicherer Beweis für die Beſchränkung der L. 2. C. cit. auf die Perſon des Käufers nicht geſtützt werden kann, ſo zerſtört doch dieſelbe die mit ſo vieler Sicherheit ausgeſprochene Behauptung, daß die Wohlthat der L. 2. C. unzweifelhaft ein privilegium caussae ſei, das als ſolches auch dem Käufer zugeſtanden werden müſſe.

Ad c) Daraus, daß durch den Kaufvertrag der Vortheil beider Contrahenten auf gleiche Weiſe bezweckt werde, kann für die in Rede ſtehende Controverſe wenigſtens kein haltbares Argument entlehnt werden. Einestheils nämlich liegt in der Behauptung des völligen Gleichgewichts der Verhältniſſe des Käufers und des Verkäufers, welches durch die Beſchränkung der L. 2. C. cit. auf die Perſon des letzteren aufgehoben werden ſoll,

wiederum eine petitio principii, da eben zu erweiſen iſt, daß gerade in dieſem Punkte eine Gleichheit beider Parteien ſtattfinde, anderntheils findet eine ſolche durchgängige Gleichſtellung der Contrahenten durchaus nicht ſtatt. So wird, um nur eins hier zu erwähnen, bei unbeſtimmter Ausdrucksweiſe des Vertrages gegen den Verkäufer entſchieden, während bei wirklicher Gleichheit derartige Punkte für ganz unverbindlich erklärt werden müßten.

Ad d) Die L. 6. C. soluto matrimonio (5, 18) ſagt [13]): wenn ein Ehemann bei Abſchätzung der empfangenen dos übervortheilt zu ſein behauptet, ſo ſoll er, wird ſeine Beſchwerde wahr erfunden, nur das iustum pretium zu reſtituiren ſchuldig ſein, vorausgeſetzt daß die Dotalſachen ſelbſt noch in natura exiſtiren, denn iſt dies nicht der Fall, ſo kommt nur das in dem Dotalinſtrument angegebene pretium derſelben in Betracht. Durch Verbindung dieſes Geſetzes mit L. 12. § 1. D. de iure dotium (noch einleuchtender würde L. 10. § 4. D. de iure dotium geweſen ſein) hat man herausgebracht, daß, da der Ehemann als Käufer der dos anzuſehen, die L. 6. C. cit. eine unmittelbare Beſtätigung dafür enthalte, daß auch dem Käufer eine Klage wegen laesio enormis zuſtehe. Allein von einem ſolchen Kla-

---

13) L. 6. C. soluto matrimonio (5, 18): — — sin autem etiam maritus in aestimatione gravatum se alleget: veritate examinata, non amplius quam pretium iustum restituere compelletur. Haec tum locum habent, cum res in natura sunt, si tamen extinctae sint, pretium, quod dotali instrumento inditum est, considerabitur.

gerecht des Ehemanns iſt zuförderſt in der L. 6. C. cit. nicht die Rede. Eben ſo wenig ſtimmt deren ſonſtiger Inhalt zu dem Inhalt der L. 2. C. de rescindenda venditione, denn nach dieſer letzteren hat der Käufer die Wahl, entweder die gekaufte Sache dem Verkäufer zurückzugeben, oder ſie gegen Nachzahlung deſſen, quod deest iusto pretio, zu behalten. Solches Wahlrecht ſteht aber dem Ehemann, nach L. 6. C. soluto matrimonio, nicht im entfernteſten zu. Er ſoll, ſind die Dotalſachen noch vorhanden, dieſelben nicht etwa in natura reſtituiren gegen Rückempfang des bei Eingehung der Ehe von ihm gezahlten übermäßigen Kaufgeldes (ein ſolches iſt von ihm überhaupt gar nicht entrichtet worden, und ſchon in ſo fern paßt die Analogie der L. 2. C. de rescind. vendit. durchaus nicht hieher), vielmehr kann der Ehemann nur eine Verminderung des ungerechten Taxwerthes der Dotalſachen fordern, was natürlich wegfällt, wenn er, wegen Untergang der Sachen, die Unbilligkeit der Taxe nicht mehr erweiſen kann. Demnach trägt die L. 6. C. soluto matrimonio zur Entſcheidung unſrer Controverſe nicht das Entfernteſte bei. Daſſelbe gilt von der namentlich von älteren Juriſten [14])

ad e) angeführten L. 1. § 13. D. si quid in fraudem patroni factum sit — Ulpian: — Sed si emerit in fraudem patroni libertus, aeque dicendum, si magno emit, in pretio relevan-

---

14) So Dionysius Gothofredus in notis ad h. l. Desgleichen Robert Animadversiones Lib. II. c. 13 und 14.

dum patronum, conditione non ipsi delata, an velit ab emtione recedere, sed venditori, utrum malit de pretio remittere, an potius rem, quam vendidit, recipere persoluto pretio. Et in permutatione, et in locatione et conductione similiter id observabimus.

Scheinbar wird hierin ausdrücklich die Anfechtbarkeit des Kaufgeſchäfts, auch wenn der Käufer die Sache zu theuer bezahlt, und noch dazu unter der analogen Beſtimmung anerkannt, daß es in der Wahl des Verkäufers ſtehe, entweder den Kauf aufzuheben oder verhältnißmäßig von dem verabredeten Kaufpreiſe nachzulaſſen. Ja es wird eben ſo beſtimmt daſſelbe für den Tauſch und die Miethe behauptet, und damit, dem Anſchein nach, aller Zweifel an der Ausdehnung der L. 2. C. de rescindenda venditione auf die letztgenannten Rechtsgeſchäfte gehoben. Allein nähere Betrachtung zeigt die völlige Grundloſigkeit dieſes Arguments. Die L. 1. § 13. D. cit. redet von einem weſentlich andern Fall, von dem Recht des Patrons, Veräußerungen die ſein Libertus in fraudem patroni vorgenommen, mit der actio Faviana oder Calvisiana zu widerrufen. Der Grund der Anfechtbarkeit des von dem libertus abgeſchloſſenen Kaufgeſchäftes, ſei es nun, daß derſelbe eine ihm gehörige Sache zu wohlfeil verkauft, oder eine fremde zu theuer erſtanden habe, liegt alſo nicht in der L. 2. C. de rescindenda venditione, vielmehr in dem verletzten Intereſſe des Patrons. Daher kann nur dieſer, nicht aber der libertus als Käufer oder Verkäufer klagen, und zwar auch der Patron nicht etwa mit der

actio emti, oder dem von Manchen ſ. g. remedium ex L. 2. C. de rescindenda venditione, vielmehr mit der actio Faviana. Es iſt alſo auch dieſe Stelle für die Entſcheidung unſerer Controverſe ohne den geringſten Einfluß.

Aus dem Bisherigen dürfte ſich ergeben, daß auch die für die Ausdehnung der L. 2. C. de rescind. vendit. angeführten Gründe nicht die unbedingte Beweiskraft haben, die von ihren Urhebern behauptet wird. Um ſo weniger kann daher die auf dieſe Argumente geſtützte Entſcheidung der Praxis als eine definitive alle weitere Forſchungen ausſchließende betrachtet werden. Sind aber die Acten über die vorliegende Streitfrage noch nicht geſchloſſen, ſo wird auch einer wiederholten Vertheidigung der älteren Anſicht, zumal mit neuen Gründen, rechtliches Verhör nicht verſagt werden können.

§ 4.

Anſicht des Verfaſſers.

Das weſentlich characteriſtiſche Merkmal des Kaufs, wodurch derſelbe von andern, zum Theil nahe verwandten Rechtsgeſchäften, z. B. vom Tauſch, Schenkung, Miethe u. ſ. f. ſich unterſcheidet, iſt das pretium [15]). Soll alſo von einem Kaufgeſchäft die Rede ſein, ſo muß vor

15) L. 72. D. de contrah. emt. (18, 1): — emtionis substantia consistit ex pretio. L. 2. § 1. D. eod. — sine pretio nulla venditio est. § 1. I. de emtione (3, 24): — pretium autem constitui oportet: nam nulla emtio sine pretio esse potest. L. 9. C. de contrah. emt. (4, 38): — emti fides ac venditi sine quantitate nulla est.

Digitized by Google

Allem die Exiſtenz eines pretii außer Zweifel geſtellt werden. Dies aber kann unter Umſtänden ſchwierig ſein, theils wegen der Natur des Preiſes und der Relativität des Verhältniſſes zwiſchen demſelben und dem Werth der Waare, theils und hauptſächlich wegen der häufig vorkommenden gemiſchten Rechtsgeſchäfte, bei denen ſchwer zu ermitteln, ob ſie Kauf oder Tauſch oder Schenkung u. ſ. f., ſo wie ob das von der einen Partei Geleiſtete als ein wirkliches pretium, oder als ein nur den Tauſch ergänzendes Aequivalent anzuſehen ſei. Offenbar bedarf hier der Richter für den Fall, daß die Parteien ſelbſt über den rechtlichen Character des von ihnen abgeſchloſſenen Rechtsgeſchäfts ſtreiten, eines geſetzlichen Anhaltpunktes. Er vermag aber die Abſicht der Parteien nur aus dem, was von ihnen verabredet iſt, zu ermitteln. Für den Richter iſt demnach die Frage die, ob nach dem Inhalt des Vertrages rechtlich dieſes oder jenes Rechtsgeſchäft, z. B. alſo ein Kauf oder ein Tauſch oder etwa Schenkung anzunehmen. Die Entſcheidung dieſer Frage knüpft ſich daran, ob ein pretium vorhanden oder nicht. Hierfür nun ſtellt das Geſetz eine Gränze, als Anhaltpunkt für die richterliche Entſcheidung auf. Beträgt das Gezahlte weniger als die Hälfte des Werths der Waare, ſo ſoll es rechtlich nicht als pretium betrachtet, mithin das unter ſolchen Bedingungen abgeſchloſſene Kaufgeſchäft vom Richter als ſolches für unverbindlich erklärt werden: es gebricht demſelben dann an einem weſentlichen Requiſit. Indeß wird dieſes Hinderniß beſeitigt, ſobald der Käufer ſich willig erklärt, das bereits Gezahlte zu einem iustum pretium

zu ergänzen, und damit fällt dann nothwendig die frühere Ungiltigkeit des Vertrags weg. Dies iſt der Sinn der L. 2. C. de rescindenda venditione.

Beleuchten wir nun etwas näher die Bedenken, die gegen dieſe Erklärung erhoben werden dürften. Man wird zuförderſt erinnern, daß der L. 2. C. de rescindenda venditione eine willkürlich erſonnene ratio legis untergelegt werde, die noch dazu mit den Worten des Geſetzes in Widerſpruch ſtehe. Denn während dieſes letztere ausdrücklich die Billigkeit als Grund angebe, werde durch die obige Erklärung die Beſtimmung der L. 2. C. cit. auf ein ſtreng juriſtiſches Princip zurückgeführt, daß nämlich, wo kein pretium, auch kein Kauf anzunehmen ſei. Beide Einwendungen dürfte indeß folgende Betrachtung beſeitigen. Das Geſetz beſtimmt den Begriff eines minus pretium, alſo eines pretium, das, eben weil es zu gering, nicht mehr als ein pretium angeſehen werden ſoll: „Minus autem pretium esse videtur, si nec dimidia pars veri pretii soluta sit“, — und zugleich, daß der Richter in ſolchem Falle auf Antrag der Parteien das Kaufgeſchäft für nichtig erkläre. Zweck des Geſetzes iſt demnach, durch die Beſtimmung der Gränze eines rechtlich möglichen pretium die Ungewißheit über den Character eines vorliegenden Rechtsgeſchäfts und damit zugleich den Uebelſtand zu beſeitigen, daß Verträge unter der Firma eines Kaufes aufrecht erhalten werden, deren Inhalt es deutlich an der Stirn trägt, daß die Parteien oder doch der Verkäufer ein Kaufgeſchäft, ſei es gar nicht, ſei es nicht aus freiem Antriebe und ernſtlich, bezweckten. Der Grund aber dieſer Beſtim-

mung (nicht wie man in der Regel annimmt die unmittelbare ratio legis) iſt, wie das Geſetz ſelbſt andeutet, die Billigkeit, da namentlich bei ſimulirten Geſchäften der Beweis der Simulation nicht ſelten ſchwer zu führen iſt, und es gleichwohl hart ſein würde, den dadurch Uebervortheilten ganz ohne Schutz zu laſſen. Um jedoch ſonſt leicht mögliche richterliche Willkür abzuſchneiden, wird jene Billigkeitsrückſicht auf ein beſtimmtes Princip zurückgeführt, wodurch dieſelbe zugleich wie ihre Gränze ſo ihre juriſtiſche Rechtfertigung erhält.

2) Ein anderer Einwand dürfte der ſein, daß nach der obigen Erklärung der L. 2. C. cit. das Kaufgeſchäft, bei dem ein ſolches minus pretium vorhanden, ipso iure nichtig ſein würde, während das Geſetz dem Verkäufer nur das Recht beilege, auf deſſen Aufhebung zu klagen. An und für ſich alſo ſei es rechtsbeſtändig. Indeß ſcheint dies nur ſo. Allerdings iſt der Richter nicht befugt, wo er von der Exiſtenz eines ſolchen Kaufgeſchäftes hört, eigenwillig einzuſchreiten. Er muß annehmen, daß, ſo lange der Verkäufer ſelbſt nicht klagt, das abgeſchloſſene Geſchäft, nach der Abſicht der Parteien wenigſtens, als theilweiſe donatio gelte. Erſt die Klage des Verkäufers würde dieſe Präſumtion zerſtören. Jedenfalls aber würde der Richter jede andere aus ſolchem vermeintlichen Kaufgeſchäfte angeſtellte Klage, z. B. Evictionsklage, actio redhibitoria u. ſ. f., ſelbſt wenn der Verkäufer ſich auf dieſelbe einlaſſen wollte, abweiſen müſſen, da rechtlich ein Kaufgeſchäft nicht exiſtirt, dem es an dem weſentlichen Requiſite eines pretium fehlt. Zwar ſcheint damit folgender Ausſpruch **Ulpian's** in

Widerſpruch zu ſtehen [16]): „si quis donationis caussa minoris vendidit, venditio valet. Totiens enim dicimus, in totum venditionem non valere, quotiens universa venditio donationis caussae facta est: quotiens vero viliore pretio res donationis caussa distrahitur, dubium non est, venditionem valere.“ Allein ob im ſpeciellen Falle ein abgeſchloſſenes Rechtsgeſchäft unter das „universa venditio donationis caussa facta est“ oder das „viliore pretio donationis caussa distrahitur“ falle, wird der Richter im Zweifel nur aus dem Verhältniß des verabredeten pretii zu dem Werth der Sache entnehmen können, und hier bietet ihm die L. 2. C. cit. die feſte Gränze. Bleibt das pretium unter der Hälfte des Werthes, ſo muß er auf einen „donationis caussa venditionis simulatus contractus“ ſchließen, der nach L. 3. C. de contrah. emtione [17]) nichtig iſt. Somit iſt der obige Ausſpruch Ulpian's erſt durch die L. 2. C. cit. auf ein für die Anwendung überall ſicheres Princip zurückgeführt.

Dagegen ſcheint für unſere Erklärung der L. 2. C. cit. Folgendes zu ſprechen:

1) Der Käufer kann nach den Worten der L. 2. C. cit. der Zurückgabe der Sache dadurch entgehen, daß er ſich erbietet nachzuzahlen, „quod deest iusto pretio“.

16) L. 38. D. de contrah. emt. (18, 1).

17) L. 3. C. de contrah. emt. (4, 38): — si donationis caussa venditionis simulatus contractus est emtio (in) sui deficit substantia. L. 18. D. de donationibus (39, 5): — Aristo ait, cum mixtum sit negotium cum donatione, obligationem non contrahi eo casu, quo donatio est; et ita et Pomponius eum existimare refert.

Hierunter verſteht man jetzt allgemein, und mit Recht, die Ergänzung des wahren Werthes, den die Sache zur Zeit des abgeſchloſſenen Vertrags gehabt. Warum aber gerade dieſen? Läge, wie die gewöhnliche Erklärung annimmt, der Zweck der L. 2. C. cit. darin, aus Billigkeitsrückſichten das zu große Mißverhältniß des Werthes der Sache und des dafür gezahlten Kaufpreiſes zu verhindern, ſo würde ſtreng genommen der Käufer, ſobald er jene geſetzlich feſtgeſtellte äußerſte Gränze vermeidet, den Verkäufer klaglos ſtellen, d. h. ſobald er ihm nur ſo viel nachzahlt, daß das pretium nicht mehr weniger als die Hälfte des Werthes beträgt. [18]) Dem Geſetz wäre dann immerhin genügt, und ſomit erſcheint die Beſtimmung deſſelben, daß das iustum pretium, quod fuerat tempore venditionis ergänzt werden müſſe, als eine willkürliche Beſtimmung. Nicht ſo nach unſerer Erklärung. Beträgt das verabredete oder auch bereits gezahlte pretium unter der Hälfte des Werthes, ſo iſt juriſtiſch gar kein pretium vorhanden. Nicht alſo durch Ergänzung eines bereits beſtehenden, ſondern erſt durch Zahlung eines pretii überhaupt kann hier der Käufer den Verkäufer klaglos ſtellen, indem dadurch das juriſtiſch noch nicht vorhandene Kaufgeſchäft zu einem ſolchen erhoben wird. Das Geſetz aber, wo es die Umwand-

18) Dies iſt auch in der That von vielen als geltendes Recht angenommen worden, z. B. von Connanus Commentar. iur. civ. Lib. VII. c. 9. Zoesius Commentar. ad Pandect. tit. de rescindenda vendit. § 29. Wesenbec Comment. ad Pand. tit. de rescind. vend. № 6.

lung eines anderen Vertrages in einen Kaufvertrag vornimmt, gewiſſermaßen alſo ſelbſt den Kauf erſchafft, kann auf das „licet se invicem circumvenire“, auf die kleinlichen Sorgen des Profits, nicht Rückſicht nehmen, es muß das iustum pretium verlangen.

2) Läge der L. 2. C. cit. lediglich jene Billigkeitsrückſicht zu Grunde, ſo ſcheint es kaum erklärlich, wie Diocletian's und Maximian's Nachfolger das Geſetz aufheben, und durch Vernichtung jeder Gränze Betrug und Uebervortheilung gewiſſermaßen legaliſiren konnten. Wohl aber erklärt ſich dies genügend aus unſerem Geſichtspunkt. Entweder nämlich verkannten ſie (wie ſo Viele) den eigentlichen Zweck der L. 2. C. cit., indem ſie darin nur eine ungerechte Beſchränkung der Freiheit der Paciscenten, eine Inconſequenz und einen Widerſpruch gegen den allgemeinen Grundſatz „volenti non fit iniuria“ erblickten: oder ſie glaubten es richtiger der Einſicht des Richters überlaſſen zu müſſen, ob in einem einzelnen Falle ein Rechtsgeſchäft als ein Kauf, mithin das gezahlte pretium als ein wirkliches pretium gelten könne, ohne gerade geſetzlich ein minimum deſſelben vorzuſchreiben. Sehr erklärlich aber iſt dann, daß Juſtinian zu der L. 2. C. de rescind. zurückkehrte, ſei es, daß er den von Diocletian's Nachfolgern verkannten Geſichtspunkt des Geſetzes richtiger erfaßte, ſei es, daß er es bedenklich hielt, in einer geiſtig ſo tief geſunkenen Zeit dem Richter einen beſondern Grad von juriſtiſcher Einſicht und Schärfe zuzutrauen.

3) Nach unſerer Erklärung der L. 2. C. cit. fällt deren Widerſpruch mit dem ſo oft von den Römi-

ſchen Juriſten ausgeſprochenen Grundſatze: „in emtionibus et venditionibus naturaliter licere contrahentibus se circumvenire“ weg. Allerdings ſteht es den Parteien frei, ſich einander zu übervortheilen, allein es giebt eine Gränze, wo das verabredete pretium aufhört ein pretium, der Vertrag alſo ein Kaufgeſchäft zu ſein.

Iſt nun aber der Zweck der L. 2. C. de rescind. vendit. dieſer, durch Feſtſtellung der Gränze wie des Begriffs eines pretium die Zweifel über die Exiſtenz eines Kaufgeſchäftes zu beſeitigen, ſo ergibt ſich

1) auf die Perſon des Käufers kann die L. 2. C. keine Anwendung finden, da, mag derſelbe ein noch ſo hohes pretium gezahlt haben, ein Zweifel darüber, ob ein pretium, mithin überhaupt ein Kaufgeſchäft rechtlich vorhanden, vernünftiger Weiſe nicht exiſtiren kann;

2) eben ſo wenig kann von einer Ausdehnung der L. 2. C. cit. auf andre onerose Verträge, als Tauſch, Miethe u. ſ. f. die Rede ſein, da hier kein pretium vorkommt, mithin der eigenthümliche Zweck des Geſetzes keine Anwendung leidet;

3) die Bedingungen, an die man in der Regel die Statthaftigkeit der Klage wegen ſ. g. laesio enormis knüpft, z. B. Unbekanntſchaft mit dem Werthe der Sache u. ſ. f. ſind zum Theil ungegründet.

Zu dieſen drei Hauptſätzen füge ich im Einzelnen noch folgende Bemerkungen hinzu.

Ad 1) Wenn ich die Ausdehnbarkeit der L. 2. und 8. C. cit. auf die Perſon des Käufers in Abrede ſtelle, ſo geſchieht dies, wie aus obigem erhellt, nicht etwa,

weil jene Geſetze eben ſo wie die betreffenden Verordnungen der Päbſte nur von dem Verkäufer reden, noch weil die in dieſen Geſetzen enthaltene Beſtimmung ein ius singulare und als ſolches nicht extenſiv erklärt werden dürfe, noch endlich weil nach einer willkürlich angenommenen ratio legis der Verkäufer, der nicht ſelten aus Noth ſein Eigenthum verſchleudre, mehr der Begünſtigung und des Schutzes der Geſetze bedürfe, als der Käufer; — ſondern weil ich die Anwendung der L. 2. C. cit. auf den Käufer für juriſtiſch undenkbar halte. Mag der Käufer die Sache noch ſo theuer, ja ſelbſt über das Zwei- und Dreifache ihres Werthes bezahlt haben, ſo iſt doch das von ihm Gezahlte immer ein pretium, mithin das weſentlichſte Requiſit eines Kaufgeſchäftes vorhanden. Das Geſetz hat zwar den Begriff eines minus pretium, als eines ſolchen, das eben ſeiner Geringfügigkeit wegen juriſtiſch nicht als pretium gelten ſoll, feſtgeſtellt, nicht aber den eines plus pretium, wenn man ſo ſagen darf, das ſeiner Höhe wegen nicht als pretium angeſehen werden dürfte. Zwar wird man von dem Standpunkte ſ. g. Billigkeit aus einwenden, daß die bei allen bonae fidei negotiis erforderliche Gleichheit der Parteien vor dem Geſetz eine analoge Anwendung der L. 2., mithin Annahme eines ſolchen plus pretium erfordere, damit der Käufer nicht auf ungerechte Weiſe nachgeſetzt erſcheine. Das letztere aber iſt in der That gar nicht der Fall. Erwägen wir nur die Gründe, die den Käufer veranlaßt haben können, eine Sache weit über ihren Werth zu bezahlen. Sie werden liegen in einem Irrthum über den Werth der Sache überhaupt,

in einem Betruge des Verkäufers, verſteckter Fehlerhaftigkeit und Schlechtigkeit der Waare u. ſ. f. In all dieſen Fällen ſtehen dem Käufer ſchon andre Rechtsmittel zu Gebot: die allgemeinen Reſtitutionen propter errorem, propter dolum, propter metum, die actio redhibitoria, actio quanti minoris u. ſ. f., ſo daß es einer Ausdehnung der L. 2. C. cit. auf den Käufer in der That gar nicht bedarf, ohne dadurch denſelben gegen den Verkäufer in Nachtheil zu ſtellen.

Ad 2) Es iſt ſchon oben erwähnt worden, daß von der Mehrzahl unſerer Rechtslehrer die Beſtimmung der L. 2. C. verallgemeinert, und auf oneroſe Verträge überhaupt angewendet wird, von den Einen ausdrücklich, von den Andern ſtillſchweigend, indem ſie die laesio enormis in dem allgemeinen Theil des Obligationenrechts abhandeln [19]). Nur von Wenigen wird dieſe Anſicht, die übrigens in der Praxis die vorherrſchende iſt, verworfen. Es beruht dieſelbe auf der Vorausſetzung, daß die L. 2. C. de rescind. vendit. nicht eine Singularität, vielmehr nur Anwendung eines allgemeinen Princips, auf die Perſon des Verkäufers ſei, eines Princips das man wohl dahin aufzuſtellen pflegt: wer an Werth mehr als noch einmal ſo viel empfängt, als er weggeben, der hat den andern enorm lädirt. Der Verletzte iſt in ſolchem Fall berechtigt, Aufhebung des ganzen Rechtsgeſchäfts zu verlangen. Allein daß wirklich dieſer allgemeine Grundſatz

19) So Thibaut Syſtem des Pandectenrechts. 8te Aufl. § 500 ff. Schweppe das Römiſche Privatrecht. 4te Aufl. Thl. III. § 444.

im Römiſchen Recht begründet ſei, ſteht annoch zu beweiſen. Weder wird derſelbe ausdrücklich irgendwo ausgeſprochen, noch finden wir in Entſcheidungen einzelner Fälle (mit Ausnahme der L. 2. und 8. C. de rescind. vendit.) eine indirecte Anerkennung deſſelben. Demnach muß der Schluß von einem ſo durchaus unerwieſenen Princip auf die einzelnen dem Kauf verwandten Rechtsgeſchäfte als eine reine petitio principii verworfen werden. Dagegen ergibt ſich aus dem oben aufgeſtellten Geſichtspunkte, daß von einer Anwendung der L. 2. C. cit.

a) zuförderſt auf den Tauſch nicht die Rede ſein könne; denn bei dieſem kommt ein pretium nicht vor: es wird Sache gegen Sache gegeben. Zwar kann unzweifelhaft auch beim Tauſch der eine Contrahent weniger als die Hälfte von dem erhalten, was er gegeben. Allein nicht die Verhinderung zu großer Ungleichheit des Gewinns auf der einen, des Verluſtes auf der andern Seite, iſt der Zweck der L. 2. C. cit.; vielmehr Beſeitigung des etwaigen Zweifels, ob eine gezahlte Summe ein Kaufpretium, mithin das abgeſchloſſene Rechtsgeſchäft nach den Regeln des Kaufvertrages zu beurtheilen ſei, oder nicht. Aus eben denſelben Gründen kann

b) auf den Vergleich die L. 2. C. cit. nicht ausgedehnt werden. Zwar iſt, das Geſetz aus dem gewöhnlichen Geſichtspunkt betrachtet, die Sache ſtreitig. [20]) Einige argumentiren, die L. 2. C. cit. geſtattet Anfech-

20) Die Literatur hierüber ſiehe bei Glück, Commentar Th. V. § 356. S. 89 und 90.

tung aller Verträge wegen laesio enormis, alſo auch des Vergleichs, der eine species des Vertrages; Andre entgegnen, der Vergleich iſt zwar ein Vertrag, aber über einen ungewiſſen Gegenſtand, und eben deshalb iſt die L. 2. C. de rescind. vendit. auf ihn nicht anwendbar, wofür außerdem theils noch L. 78. § ult. D. ad Sct. Trebell., theils der Umſtand ſpricht, daß der Vergleich, nach L. 20. C. de transactionibus, ſo unumſtößlich wie ein rechtskräftiges Urtheil iſt. Noch andere endlich unterſcheiden eine laesio enormis und enormissima, und laſſen nur im letztern Falle die Anfechtung eines Vergleiches zu. Eben ſo Thibaut [21]) da, wo die Ungewißheit des Gegenſtandes des Vergleiches gar keinen Einfluß auf die Anſprüche wegen einer Verletzung haben kann. Indeß verſchwindet nach unſerm Geſichtspunkt jeder Zweifel, da es beim Vergleich ſich nicht um die Exiſtenz oder Nichtexiſtenz eines pretium, und folgeweiſe eines Kaufgeſchäftes handelt. Ueberdies ſcheint ſchon die Natur des Vergleiches als eines Verzichts der Anfechtbarkeit wegen laesio enormis entgegenzuſtehen. Zweifelhafter dagegen könnte es ſein

c) bei Miethverträgen. Hier nämlich findet eine, dem pretium bei Kaufgeſchäften analoge Geldzahlung, merces, ſtatt. Ausdrücklich wird von den Römiſchen Juriſten die Verwandtſchaft wie des Kauf- und des Miethgeldes, ſo beider Verträge überhaupt, hervorgehoben, und namentlich der Grundſatz: „licet se in-

21) Thibaut Verſuche uber einzelne Theile der Theorie des Rechts. Th. II. Abhdlg. 11. S. 249 ff.

vicem circumvenire" auch auf die Miethe angewendet. „Quemadmodum in emendo et vendendo, lehrt Paulus [22]), naturaliter concessum est, quod pluris sit minoris emere, quod minoris sit, pluris vendere, et ita se invicem circumscribere, ita in locationibus quoque et conductionibus iuris est." Das Miethgeld ſoll alſo ganz nach den für das pretium beim Kaufe geltenden Rechtsgrundſätzen beurtheilt werden. Dazu kommt, daß auch der Miethvertrag zuweilen nur ein Scheingeſchäft, daher das Geſetz auch hier erfordert, daß das gezahlte Geld ein wirkliches Miethgeld ſei [23]), aus dem auf einen ernſtlich gemeinten Miethvertrag geſchloſſen werden könne. Das Bedürfniß einer geſetzlich feſtgeſtellten Gränze, von wo ab eine Zahlung juriſtiſch noch als Miethgeld, der Vertrag mithin als Miethvertrag angeſehen werden könne, ſcheint demnach die analoge Anwendung der L. 2. C. de rescind. vendit. durchaus zu rechtfertigen. Allein 1) bei aller Verwandt-

22) L. 22. § 3. D. locati (19, 2).

23) L. 46. D. eod. — Ulpian: — si quis conduxerit nammo uno, conductio nulla est, qaia et hoc donationis instar inducit. — L. 52. pr. D. de donat. int. vir. et axor. (24, 1) — Papinian: — si vir uxori donationis caussa vilius locaverit, locatio nulla est: cum autem depositum inter eas personas minoris donationis caussa aestimatur, depositum est. Haec ideo tam varie, quia locatio quidem sine mercede certa contrahi non potest, depositum autem et citra aestimationem quoque dsri potest. — L. 10. § 2. D. de adquir. possessione (41, 2) — Ulpian: — si quis et conduxerit et rogaverit precario, nti possideret: si quidem nammo uno conduxit, nulla dubitatio est, quin ei precarium solam teneat, quia condactio nulla est, quae est in uno nummo: sin vero pretio, tunc distinguendum, quid prius factum est.

ſchaft des Kaufs und der Miethe in vielen Punkten, findet doch in dem Grundcharacter beider eine Verſchiedenheit ſtatt, wodurch die analoge Anwendung der L. 2. C. cit. bedenklich wird. Durch den Kauf geht Eigenthum, durch die Miethe nur das Gebrauchsrecht über. Die beſondere Sorgfalt, mit der das Römiſche Recht über die Heiligkeit des Eigenthums wacht, läßt nun ſchon im Allgemeinen erwarten, daß es ſich eher des Verkäufers, als des Vermiethers annehmen werde. Wenigſtens folgt daraus, daß das Geſetz durch eine ſpecielle Vorſchrift den Verkäufer gegen den Verluſt ſeines Eigenthums ſicher ſtellt, noch nicht, daß es auch den Vermiether gegen die, doch immer nur vorübergehende Entziehung ſeines Gebrauchsrechts, bei zu geringer Gegenleiſtung, in Schutz nehmen müſſe. Die ratio der L. 2. C. cit. zu verhindern, daß nicht durch bloße Scheinverkäufe dem Eigenthümer ſein Eigenthum entzogen werde, paßt aber auf das Miethverhältniß nicht, das ohnehin durch Kündigung rückgängig gemacht werden kann, während der einmal abgeſchloſſene Kaufvertrag unwiderruflich wirkt. Es iſt aber außerdem 2) die Gränzlinie, welche die L. 2. C. cit. für den Begriff eines verum pretium feſtſetzt, kaum auf das Miethgeld anwendbar. Bei jenem nämlich wird zu Grunde gelegt der Sachwerth, dieſer läßt ſich allendlich mit Beſtimmtheit ermitteln. Nicht ſo der Gebrauchswerth, der ungleich mehr relativ iſt, und zwar ſowohl bei einem praedium rusticum (denn hier hängt er ab von dem wirklichen Fruchtertrage, der ein ungewiſſer, daher der Pacht, als Fruchtverkauf eine emtio rei speratae iſt, bei der die laesio

enormis anerkannter Maßen nicht berückſichtigt wird); als bei dem praedium urbanum. Hier nämlich iſt immer nur eine Möglichkeit, die Sache theurer zu vermiethen, z. B. für 200 ſtatt für 80, vorhanden, der aber die andre Möglichkeit gegenüber ſteht, daß man, hätte man nicht wohlfeil vermiethet, vielleicht gar keinen Miether gefunden hätte. Das praedium urbanum iſt, wie das Geld, eine res sterilis, und bringt nur fructus civiles. So wenig nun, wer ſein Geld zu 2 pCt. ausleiht laesio enormis vorgeben kann weil er es vielleicht zu 6 pCt. untergebracht haben würde, eben ſo wenig der Vermiether. Wann alſo ſoll hier die Exiſtenz einer ſ. g. laesio enormis angenommen werden, wo aller Maßſtab ſchwankend iſt. Endlich aber 3) haben wir ein ausdrückliches wichtiges Zeugniß, daß der Miethvertrag wegen zu geringen Miethgeldes nicht angefochten werden darf. „Praetextu minoris pensionis locatione facta, lehrt Hermogenian [24]), si nullus dolus adversarii probari possit, rescindi locatio non potest“. Hermogenian aber lebte erſt nach Diocletian und Maximian, zu einer Zeit alſo, da die L. 2. C. cit. bereits erlaſſen war. Zwar wendet man ein, das Geſetz ſei unter Diocletian's Nachfolgern wieder aufgehoben und dadurch Hermogenian's Ausſpruch erklärbar. Wie aber hätte Juſtinian, der doch die L. 2. C. cit. wieder in Kraft treten ließ, jene Aeußerung Hermogenian's in ſein Geſetzbuch aufnehmen können, hätte er

---

24) L. 23. D. locati (19, 2).

nicht deſſen Anſicht getheilt, daß auf das Miethverhältniß die L. 2. C. de rescind. vendit. keine Anwendung leide. Eben dies beſtätigt eine, gleichfalls von Juſtinian in die Pandecten recipirte [25]) Entſcheidung Ulpian's, daß ſelbſt die Gläubiger nicht berechtigt ſeien die von dem Gemeinſchuldner geſchehene Verpachtung ſeines Grundſtücks anzugreifen, wenn auch das Pachtgeld zu gering geſtellt ſei, vorausgeſetzt, daß es nicht abſichtlich in fraudem creditorum geſchehen. In dieſem letztern Falle würde übrigens die Anfechtung des Pachtvertrages nicht mit dem Rechtsmittel aus der L. 2. C. de rescind. vendit., vielmehr mit der actio Pauliana erfolgen müſſen.

Ad 3) Die Statthaftigkeit der Anfechtung eines Kaufvertrages wegen laesio enormis wird von den Meiſten einer Reihe von Modificationen unterworfen, die, weil ſie hervorgegangen ſind aus einer irrigen Anſicht über die L. 2. C. de rescind. vendit., nicht zu billigen ſein dürften. Ein vollſtändiges Verzeichniß derſelben findet ſich bei Glück: Commentar Th. XVII. § 1030 S. 79 u. ff. Ich beſchränke mich hier billig darauf, die bedenklicheren und wichtigeren unter dieſen Modificationen hervorzuheben. Es ſoll nämlich die Anfechtung wegen laesio enormis wegfallen.

---

25) L. 8. § 1. D. de rebus auctoritate iudicis (42, 5) — Ulpian: — si iam a debitore vel locatus erat, vel venierat, servabit Praetor venditionem et locationem a debitore factam, et si minoris distractum est vel locatum: nisi si in fraudem creditorum hoc fiat: tunc enim Praetor arbitrium dat creditoribus ut ex integro locationem vel venditionem faciant.

a) Wenn der Verkäufer wußte, daß er die Sache zu wohlfeil weggab. So lehren unter den älteren Juriſten Bachov [26]), Weſtenberg [27]) und Voet [28]), unter den neueren beſonders Thibaut [29]), Mühlenbruch [30]), Schweppe [31]) und Glück [32]), indem ſie theils einen ſtillſchweigenden Verzicht, theils eine präſumtive Schenkung annehmen, theils auch wohl ſich auf die L. 12. C. de rescind. vendit. berufen. Es ſcheinen indeß die beiden erſteren allgemeinen Gründe von nicht beſonderem Gewicht. Die Beweiskraft beider beruht auf der immer mißlichen Annahme ſtillſchweigender Willenserklärungen, die man nur dann anerkennen ſollte, wenn eine vorliegende Handlung ſich vernünftiger Weiſe ſchlechterdings nur aus der ſupponirten Abſicht erklären läßt. Dies aber iſt weder hier noch dort der Fall. Wer, den höheren Werth ſeiner Sache wohl kennend, dieſelbe gleichwohl unter der Hälfte dieſes Werthes hingibt, kann wenigſtens möglicher Weiſe durch drin-

---

26) Bachov, Notae et Animadversiones ad Treutlerum. Vol. II. th. 10.

27) Westenberg, Principia iuris Romani Lib. XVIII. tit. 5. § 15.

28) Voet, Commentarius ad Pandectas. Lib. XVIII. tit. 5. § 17.

29) Thibaut, Syſtem des Pandectenrechts. 8te Auflage. § 503.

30) Mühlenbruch, Lehrbuch des Pandectenrechts. 2te Aufl. Th. II. § 406. a. E.

31) Schweppe, das Römiſche Privatrecht. 4te Aufl. Th. III. § 444.

32) Glück Commentar. Th. XVII. § 1030. S. 81.

gende Geldnoth dazu veranlaßt ſein. Hat er dadurch auf jenen höheren Werth verzichten, oder wohl gar dem Käufer ein Geſchenk damit machen wollen? Gewiß das eine ſo wenig als das andre. Und verſchwindet nicht nothwendig dieſe Präſumtion, — denn mehr als ſolche kann doch wohl der Verkauf der Sache unter ihrem Werthe an ſich nicht erzeugen, — wenn hinterher der Verkäufer wegen laesio enormis klagt? Unterläßt er dies, ſo kann dies freilich die Folge wirklichen Verzichtes, wie beabſichtigter Schenkung ſein, nur daß dann Verzicht wie Schenkung aus dem weiteren Erfolge, nicht aus der nackten Thatſache des Verkaufes unter dem Werthe hergeleitet werden muß. Eben ſo wenig beweiſend für die obige Modification iſt die L. 12. C. de rescind. vendit. „— non idcirco minus venditio fundi, quod hunc ad munus sumtibus necessariis urgentibus, non viliore pretio, vel urgente debito, te distraxisse contendis, rata manere debet“; alſo, der Verkauf eines Grundſtücks iſt deshalb noch nicht ungültig, weil du behaupteſt, du habeſt ihn nicht gerade für einen zu geringen Preis, ſo doch veräußern müſſen, weil nothwendige Ausgaben bei Uebernahme eines Amtes, oder Schulden dich drängten. Cujaz [33]) ſtreicht nämlich das non vor viliore pretio weg, und erhält ſomit den Sinn: die Veräußerung iſt deshalb noch nicht ungültig, wenn man aus Noth die Sache zu wohlfeil verkauft hat, und ſupponirt dann weiter, der Grund der Aufrechterhaltung

33) Cuiacii Commentar. ad Lib. IV. tit. 44. Codicis. Iustinianei, in eiusdem opp. Tom. II. p. 277.

des Kaufgeſchäfts im vorliegenden Geſetze ſei der, daß der Verkäufer den Werth der Sache gekannt habe. Allein bei ſo willkürlicher Behandlung der Quellen läßt ſich freilich auch beweiſen, daß ſchwarz weiß ſei. Cujaz überſieht offenbar den Zweifel, der durch die L. 12. C. cit. beſeitigt werden ſoll, nicht etwa das Bedenken, ob laesio enormis anzunehmen, wenn der Verkäufer aus Noth die Sache wiſſentlich unter ihrem Werthe verkauft, ſondern ob, bei übrigens nicht zu geringem Kaufpreiſe, der Umſtand daß man aus Geldmangel verkauft, die Einrede zwangsweiſe eingegangenen Vertrages (exceptio quod metus causa) und auf dieſem Wege Anfechtbarkeit deſſelben begründe. Mit Recht wird dies von Diocletian und Maximian in dem angeführten Geſetze in Abrede geſtellt. — Nach der von mir oben ausgeführten Anſicht über den Zweck und die Bedeutung der L. 2. C. de rescind. vendit. kann darauf, ob der Verkäufer den Werth der Sache gekannt hat oder nicht, nichts ankommen. Sobald er weniger als die Hälfte des wahren Werths derſelben empfangen, iſt in dem einen wie in dem andern Falle kein geſetzlich anzuerkennendes pretium, mithin kein zu Recht beſtändiges Kaufgeſchäft vorhanden. Die gewöhnliche Anſicht führt außerdem zu entſchiedener Unbilligkeit. Man ſetze folgenden Fall: ein Studirender verſetzt einen koſtbaren Pokal, der 300 werth, für 75. Weil aber dergleichen Rechtsgeſchäfte ſtreng verboten, wird ein Scheinverkauf, sub pacto de retrovendendo, in beſter Form Rechtens, ſchriftlich abgeſchloſſen. Der Eigenthümer läßt die ihm zur Ausübung des Rückkaufsrechts (eigentlich Wiedereinlöſung des

verpfändeten Bechers) zugeſtandene Zeit verſtreichen. Hier würde, abgeſehen von der L. 2. C. de rescind. der Becher für immer verloren ſein, wenn der Beweis des verbotenen Pfandvertrages nicht geführt werden kann. Allein nach den Anſicht der oben genannten Rechtslehrer, müßte ſelbſt die Anfechtung des Kaufvertrages ausgeſchloſſen bleiben, wenn der Studirende den Werth ſeines Bechers gekannt, er würde mithin, offenbar unbillig, um ſeinen Becher geprellt ſein, den er doch dem Käufer nichts weniger als ſchenken wollte. Nach unſrer Anſicht dagegen leidet die Sache keinen Zweifel. Das ganze Kaufgeſchäft iſt als ſolches nichtig, weil die gezahlten 75 unter der Hälfte des Werths, mithin kein pretium ſind. Aus ihrem Mißverhältniß zur Sache ergibt ſich ja am beſten daß nach der Abſicht der Parteien jene Summe eben ſo wenig ein wirkliches pretium, als das abgeſchloſſene Geſchäft ein wirklicher Kaufvertrag ſein ſollte. Ausdrücklich aber ſagt das Römiſche Recht: „plus valet quod agitur, quam quod simulate concipitur“ [34]. Mit dieſer erſteren Modification ſteht einigermaßen in Verbindung eine zweite. Es ſoll nämlich

b) der Verzicht, und zwar der ausdrückliche wie der ſtillſchweigende, den Anſpruch wegen laesio enormis aufheben, vorausgeſetzt nämlich, daß die Entſagung gleich bei Eingehung des Kaufgeſchäftes ſelbſt erfolgte. Man beruft ſich dafür auf Juſtinian's Verordnung in L. 29. C. de pactis (2, 3): „sancimus nemini licere

---

34) Cf. tit. Cod. plus valere quod agitur (IV. 22).

adversus pacta sua venire, et contrahentes decipere: si enim et ipso Praetoris Edicto, pacta conventa, quae neque contra leges, neque dolo malo inita sunt, omnimodo observanda sunt, quare et in hac caussa pacta non valeant, cum alia sit regula iuris antiqui, omnes licentiam habere, his, quae pro se introducta sunt, renunciare?" — Indeß dürfte dieſe Beſtätigung der Nebenverträge im Allgemeinen für unſre Frage nicht ausſchließlich entſcheiden. Verzichtet der Verkäufer bei Eingehung des Vertrages auf die L. 2. C. de rescind. vendit., ſo hat das den Sinn: er verſpricht, er wolle das abgeſchloſſene Rechtsgeſchäft nicht als Kauf behandeln (denn ein ſolches iſt es, da kein iustum pretium vorhanden, nicht) und angreifen. Es kommt mithin Alles auf die rechtliche Natur des eigentlich beabſichtigten Vertrages an. Liegt dem Ganzen der Hauptſache nach eine donatio zu Grunde, ſo fällt natürlich die ſpätere Anfechtbarkeit weg, da Schenkungen nicht ohne weiteres widerrufen werden können. Anders wenn das ſcheinbar abgeſchloſſene Kaufgeſchäft einen verbotenen Vertrag, z. B. Schenkung zwiſchen Ehegatten, Pfandgeſchäfte u. ſ. f. verſteckt. Ich erinnere hier an den oben angeführten Fall, da jener Studirende ſeinen Becher ſcheinbar verkauft, aber eigentlich verſetzt. In ſolchen Fällen würde der Verzicht auf die L. 2. C. für unwirkſam gehalten werden müſſen, denn es würde ſein ein pactum, ne dolus praestetur. Ausdrücklich aber nimmt Juſtinian in der oben angeführten Geſetzſtelle diejenigen Nebenverträge aus, „quae dolo malo inita sunt". Natürlich würde ſelbſt die eidliche Bekräftigung

des Verzichts die Sache nicht ändern, wie denn überhaupt der Eid hier keinen beſondern Einfluß hat, und ohne Zweifel ſelbſt ein von beiden Seiten beſchworenes Kaufgeſchäft wegen laesio enormis angefochten werden kann. Denn wurde ein wirklicher Kauf beabſichtigt, ſo kann hier unmöglich der Eid den Mangel eines weſentlichen Requiſites, nämlich des iusti pretii, beſeitigen: das Rechtsgeſchäft würde an und für ſich nichtig ſein. Sollte dagegen kein ernſtlicher Kauf abgeſchloſſen werden, ſo liegt entweder Schenkung oder Betrug im Hintergrunde, und der letztere kann ſelbſt durch eidliche Bekräftigung nicht geheiligt werden, denn das canon. Recht, wiewohl es bürgerlich ungültige Rechtsgeſchäfte durch den Eid gültig werden läßt, verlangt doch dabei „iuramenta, sine vi et dolo praestita.“ [35])

c) Bei öffentlichen Auctionen ſoll nach einer, namentlich in der Praxis ſehr verbreiteten Anſicht, die Anfechtung wegen laesio enormis ausgeſchloſſen bleiben. Die Gründe, auf die man dieſe Lehre ſtützt, ſind, der Hauptſache nach, folgende: die öffentliche Verſteigerung ſei 1) der ſicherſte Weg, den wahren und eigentlichen Werth einer Sache zu ermitteln. Das höchſte Gebot, auf das der Zuſchlag erfolgt, ſei demnach jeder Zeit anzuſehen als das dem wirklichen Handelswerth der Sache am meiſten entſprechende pretium, mithin eine laesio enormis nicht denkbar. Dazu komme 2) die Autorität der Oeffentlichkeit: es ſtreite gegen den Begriff

---

35) C. 28. X. de iureiurando (2, 24).

der fides publica, daß ein in ſolcher Weiſe eingegangenes Rechtsgeſchäft wieder angefochten werden könne, was außerdem 3) durch ausdrückliche Geſetze für unſtatthaft erklärt ſei. [36]) Gegen dieſe Argumente iſt ſchon von Andern mit Recht bemerkt worden, ad 1) daß öffentliche Verſteigerung keineswegs immer das richtige Mittel ſei, das iustum pretium zu erhalten, indem Mangel an Kaufluſt und Geld häufig es zur Folge haben; daß gerade auf Auctionen Sachen weit unter ihrem Werth verſchleudert werden, — und in der That bezeugt dies die Erfahrung, wie denn auch die gewöhnliche Frequenz bei öffentlichen Verſteigerungen zum Theil ihren Grund hat in der Hoffnung des Einzelnen, hier wohlfeiler als ſonſt zu kaufen, weil der Verkauf in der Regel ein nothwendiger, — und daß hiemit das höchſte Gebot nicht immer als das iustum pretium betrachtet

---

36) Die Geſetze, auf die man ſich hier beruft, ſind hauptſächlich dieſe: L. 2. und 5. C. de fide et iure hastae fiscalis (10, 3), L. ult. C. si propter publicas pensitationes (4, 46), L. 8. C. de remissione pignoris (8, 26), L. 3. C. de iure fisci (10, 1) und L. 16. C. de rescind. vendit. (4, 44.) — Bei all dieſen Geſetzen iſt nicht zu überſehen, daß ſie zu einer Zeit erlaſſen ſind, wo die Verordnungen Diocletian's und Maximian's aufgehoben waren, mithin allgemein der Rechtsgrundſatz galt, daß, wegen zu geringen Kaufgeldes ein Kaufgeſchäft überhaupt nicht angefochten werden könne (vgl. oben S. 107. und L. 1, 4. und 7. C. Th. de contrah. emt.) Seitdem nun aber Juſtinian jene Verordnungen Diocletian's wieder in Kraft geſetzt, müſſen ſie durchaus als ganz allgemeines, für jede Art des Verkaufes geltendes Geſetz angeſehen werden, ſo weit nicht ganz ſpecielle, wie die für fiscaliſche Veräußerungen erlaſſenen Vorſchriften, ihnen derogiren.

werden, vielmehr eine laesio enormis ſehr wohl enthalten könne; ad 2) daß die Oeffentlichkeit der Verſteigerung ohne Einfluß auf ihre Gültigkeit oder Ungültigkeit ſei, die lediglich von dem Vorhandenſein aller geſetzlichen Requiſite abhänge; ad 3) daß die von den Gegnern angeführten Geſetze gar nicht von laesio enormis, ſondern bloß davon ſprechen, daß der Eigenthümer, deſſen Sache der Fiscus etwa einem Dritten verkaufte, dieſelbe nicht vom Käufer vindiciren, vielmehr nur mit einer Entſchädigungsklage gegen den Fiscus auftreten könne; während doch nirgends geſagt ſei, daß der Fiscus nicht von ſeinem Kontrahenten wegen laesio enormis belangt werden könne; ja ſelbſt wenn das der Fall, würde man davon nicht auf jede öffentliche Verſteigerung überhaupt ſchließen können. Außerdem aber werden für die Anfechtbarkeit eines Kaufs ſelbſt bei öffentlicher Verſteigerung noch folgende Gründe angeführt: die L. 2. wie L. 8. C. de rescind. vendit. rede ganz allgemein vom Verkauf, ohne zwiſchen öffentlichem und Privatverkauf zu unterſcheiden, ſo wie daß der in den Geſetzen angegebene Grund der Billigkeit, ſowohl bei Auctionen wie bei Privatverſteigerungen Berückſichtigung verdiene.

Die Richtigkeit der letzterwähnten Meinung ſteht, nach unſerer Anſicht, außer Zweifel. Sobald ein minus pretium (i. e. nec dimidia pars veri pretii) vorhanden, iſt juriſtiſch kein Kauf anzunehmen, da es an einem weſentlichen Erforderniß deſſelben, dem iustum pretium fehlt. Die Oeffentlichkeit der Verſteigerung kann dieſen Mangel nicht erſetzen, ſo wenig als gerichtliche Beſtäti-

10*

gung ein an ſich ungültiges Rechtsgeſchäft gültig macht. Liegt aber ein beſonderer, Abweichung gebietender Grund in der juriſtiſchen Natur der Subhaſtation nicht, ſo folgt, daß auch auf ſie die Beſtimmung der L. 2. C. de rescind. vendit. angewendet werden müſſe. In der That würde auch das Gegentheil unbillig ſein. Man erwäge nur, daß, wo auf Antrag der Gläubiger die Sachen des Schuldners veräußert werden, in der Regel derjenige, der die Verſteigerung leitet, ein beſonderes Intereſſe an den höheren oder geringeren Kaufpreiſen der einzelnen Gegenſtände nicht hat. Er ſchlägt ſie, dem oft nicht einmal von den betheiligten Gläubigern ſelbſt, vielmehr von dem Gericht erhaltenen Auftrage gemäß, dem Meiſtbietenden zu, ohne für den höheren oder geringeren Ertrag verantwortlich zu ſein. Wie höchſt nachtheilig würde hier die Lage der Gläubiger ſein, ſtünde ihnen nicht frei ſich wenigſtens gegen laesio enormis zu ſichern.

§ 5.

Rechtsmittel.

Schließlich iſt hier noch ein für unſre ganze Anſicht entſcheidender Punkt, der zugleich von practiſch wichtigen Folgen, in näheren Betracht zu ziehen. Es fragt ſich nämlich, mit welchem Rechtsmittel der verletzte Verkäufer ſeinen Anſpruch aus der L. 2. C. de rescind. vendit. geltend zu machen habe?

Unſere Rechtslehrer geben ihm meiſt eine Klage aus dem abgeſchloſſenen Kaufvertrage ſelbſt. In der

Benennung derſelben weichen ſie jedoch von einander ab, indem die Einen ſie als ein beſonderes remedium ex lege 2. C. de rescind. vendit., die Andern als eine condictio indebiti, oder als eine imploratio officii iudicis, ja ſelbſt als eine actio spolii, noch Andre endlich, und dies iſt jetzt die herrſchende Anſicht, als die gewöhnliche actio venditi bezeichnen [37]). Darüber indeß iſt man gegenwärtig ſo ziemlich allgemein einverſtanden [38]), daß dieſe Klage eine rein perſönliche ſei, die daher gegen dritte Beſitzer der Sache nicht angeſtellt werden könne. Bei der beſonderen Wichtigkeit, die, wegen der Conſequenzen die daraus nothwendig hervorgehen, dieſe Grundanſicht hat, fragen wir billig nach den Gründen, auf welche ſie ſich ſtützt. Das Geſetz ſelbſt erwähnt des Rechtsmittels, das im Fall einer laesio enormis eintreten ſoll, nicht. Die L. 2. C. cit. ſagt nur, es ſei der Billigkeit angemeſſen, daß der Verkäufer, gegen Rückgabe des empfangenen pretii, das verkaufte Grundſtück „auctoritate iudicis intercedente“ wiedererhalte. Wie iſt man nun zu der ſo allgemein verbreiteten Annahme einer, aus dem Contract entſpringenden

---

37) In Betreff der Litteratur dieſer Streitfrage verweiſe ich der Kürze wegen auf Glück's Commentar Th. XVII. § 1029. S. 67.

38) So Thibaut, Syſtem des Pandectenrechts. 8te Aufl. § 502. Mühlenbruch, Lehrbuch der Pandecten. 2te Aufl. Th. II. § 406. v. Wening-Ingenheim, Lehrbuch des gemeinen Civilrechts. 5te Aufl. Th. II. § 259. Schweppe, Römiſches Privatrecht. 4te Aufl. Th. III. § 444. Glück, Commentar. Th. XVII. § 1029.

jedenfalls einer bloß perſönlichen Klage gekommen? Man hielt den Kaufvertrag, bei dem eine laesio enormis ſtatt gefunden, an ſich für gültig, und ſtellte nur die dem Verkäufer durch die L. 2. C. cit. beigelegte Befugniß etwa dem Rechte des Käufers an die Seite, unter Umſtänden mit der actio redhibitoria Aufhebung des Vertrages zu verlangen. Was alſo war natürlicher, als daß man, wie die eine, ſo die andre als eine reine Kaufcontractsklage behandelte. Allein in der Prämiſſe liegt der Fehler. Iſt bei einem Kaufgeſchäft laesio enormis vorhanden, ſo fehlt es an einem iustum pretium, mithin an einem weſentlichen Requiſit. Der abgeſchloſſene Vertrag kann, würde er nicht angefochten, zwar als donatio u. ſ. f., nie aber als Kaufvertrag gelten. Die Analogie der actio redhibitoria iſt demnach durchaus zurückzuweiſen, denn durch dieſe Klage wird ein an und für ſich rechtlich vorhandenes und rechtsbeſtändiges Kaufgeſchäft angefochten und auf deſſen Aufhebung gedrungen, während es im Fall einer laesio enormis deſſen nicht bedarf, da ein Kaufgeſchäft überhaupt nicht vorhanden. Wie aber kann aus einem gar nicht exiſtirenden Kaufgeſchäft eine actio venditi hervorgehen? Rechtsmittel da einzuräumen, wo rechtlich gar kein Vertrag vorhanden, heißt die Nichtexiſtenz ihres Fundaments wieder zu ihrem Fundament erheben. Demnach kann das aus der L. 2. C. de rescind. vendit. hervorgehende Rechtsmittel eine Contractsklage unmöglich ſein. Ja daß es überhaupt keine Klage im gewöhnlichen Sinne, ſcheint aus den Worten des Geſetzes ſelbſt

unzweideutig hervorzugehen. Es heißt: „humanum est — — ut fundum recipias auctoritate iudicis intercedente“. Sollten dieſe letzteren Worte nichts als eine ſchwülſtige Umſchreibung des Klagerechts ſein? Geben ſie nicht den viel natürlicheren Sinn, der Verkäufer ſoll ſein Grundſtück zurückempfangen durch unmittelbares Einſchreiten des Richters? alſo aus deſſen, nicht aus des Beklagten, oder des Beſitzers Hand. Das Rechtsmittel, das dem Verkäufer beigelegt wird, iſt meines Erachtens nicht eine Klage, vielmehr eine unmittelbare Reſtitution, die, wie jede in integrum restitutio, ſich auf Billigkeit gründet, daher „humanum est“ [39]) etc. Das Verfahren aber bei ſolcher Reſtitution konnte bekanntlich ein doppeltes ſein. [40]) Entweder nämlich erſtens, konnte der Richter ſofort den Beweis der Läſion, als des Reſtitutionsgrundes, verlangen, und wenn er ſich von der Exiſtenz aller Bedingungen der Reſtitution überzeugt hatte, dieſe unbedingt und definitiv ertheilen, alſo den Verletzten unmittelbar in ſeinen früheren Rechtszuſtand einſetzen, wovon denn auch die Folge war, daß jeder Theil gleich herausgeben mußte, was er von dem andern etwa erworben hatte; dies hieß

39) Dieſe Beziehung der Worte humanum est ergibt zugleich die Unrichtigkeit der willkürlichen Argumentationen, die man auf dieſe Worte theils für theils gegen die Ausdehnung der L. 2. C. cit. geſtützt hat.

40) Vergl. hierüber Burchardi's treffliche Ausführung in ſeiner Lehre von der Wiedereinſetzung in den vorigen Stand. Göttingen 1831.

vorzugsweiſe, cognitione praetoria die Sache abmachen. Oder der Richter konnte **zweitens** die Verhandlung bloß auf die Reſtitutionsgründe beſchränken, und nach deren Conſtatirung die Reſtitution eventuell ertheilen, auf den Fall, daß der Implorant ſein angeblich verlorenes oder verletztes Recht, überhaupt die Läſion, im ordentlichen Proceß darthun würde. Dies nannte man rescisso negotio dare iudicium restitutorium. Der Implorant mußte dann, um zum Ziele zu gelangen, noch erſt die aus ſeinem behaupteten Rechte entſpringende actio in rem oder in personam anſtellen, und wie gewöhnlich vor ernannten iudicibus privatis durchführen, wobei es vom Ausfall dieſes Proceſſes abhing, ob ihm die Reſtitution etwas nützte oder nicht. Wenngleich nun nach Römiſchem Recht für den Fall einer laesio enormis der erſtere Weg, alſo der ſofortigen Reſtitution cognitione praetoria, der übliche geweſen ſein dürfte, denn darauf deuten die Worte „recipere fundum auctoritate iudicis intercedente“ hin, ſo würde es ſich doch gegenwärtig anders verhalten. In der Praxis nämlich pflegt man, ſtatt jener restitutio cognitione praetoria, in der Regel nur das iudicium rescissorium zu geſtatten, d. h. dem Beeinträchtigten die Klage zu gewähren, die er, abgeſehen von der Verletzung, gegen die er reſtituirt worden iſt, haben würde. Dieſe nun iſt in unſerm Falle die rei vindicatio, denn da das abgeſchloſſene Kaufgeſchäft, wegen Mangel eines iusti pretii, nichtig, ſo iſt auf den vermeintlichen Käufer kein Eigenthum übergegangen, vielmehr iſt dieſes dem Verkäufer

geblieben. Das Rechtsmittel alſo, das dem Verkäufer nach der L. 2. C. de rescind. vendit. zuſteht, trägt nach unſerer Anſicht den Character einer restitutio in rem, und iſt kein anderes, als die rei vindicatio. Dieſer Satz iſt äußerſt folgenreich: 1) Man nimmt allgemein an, daß wenn der Käufer die Sache bereits weiter veräußert hat, der verletzte Verkäufer ſich lediglich an ſeinen Contrahenten wegen Schadenerſatz halten müſſe. Nach unſerer Anſicht ſteht ihm die rei vindicatio gegen jeden dritten Beſitzer zu. Dabei aber entſteht die Frage, ob dieſer dritte Beſitzer die Sache ohne weiteres hergeben müſſe, oder ob er nicht wenigſtens von dem vindicirenden erſten Verkäufer irgend einen Erſatz verlangen könne? z. B. A hat für ſeinen Becher, der 300 werth, 75 von B erhalten: B hat denſelben weiter an C für 200 verkauft. Iſt nun A, wenn er die rei vindicatio gegen C anſtellt, verpflichtet, dieſem die 200 zu zahlen, die dieſer für den Erwerb des Bechers gegeben? Nach den allgemeinen für die rei vindicatio herrſchenden Grundſätzen unſtreitig nicht: er verweiſt den C wegen ſeiner Entſchädigungsanſprüche an ſeinen Auctor B. Dabei kommt indeß noch eine Frage in Betracht. Unzweifelhaft muß der Vindicant A ſeinerſeits die empfangenen 75 reſtituiren. Aber an wen? an B, mit dem er den wegen laesio enormis nichtigen Kaufcontract abſchloß, oder an C, von dem er den Becher vindicirte? Und wem ferner von beiden ſteht das Recht zu, die rei vindicatio des A durch Ergänzung des iustum pretium auszuſchließen, dem B oder dem C? Eine deut-

liche Antwort auf dieſe Fragen gibt uns Diocletian ſelbſt. Es heißt in der L. 2. C. cit.

> humanum est, ut vel pretium te restituente emtoribus, fundum venundatum recipias, auctoritate iudicis intercedente: vel si emtor elegerit, quod deest iusto pretio recipias.

Hier werden unmittelbar neben einander „emtores“ und dann der „emtor“ genannt. Sollte dieſe doch offenbar abſichtliche Verſchiedenheit des numerus ohne alle Bedeutung ſein? Ich meine, daß mit den emtores die weiteren Käufer, in unſerm Beiſpiel C, mit dem emtor dagegen der urſprüngliche Mitcontrahent des A, alſo B, bezeichnet ſei. Daraus würde folgen, der Verkäufer muß das, was er ſeinerſeits empfangen, jeglichem Käufer herausgeben, der ſich gerade im Beſitz der Sache befindet, während zur Ergänzung des iustum pretium nur der urſprüngliche Mitcontrahent berechtigt iſt. Beides ſcheint durchaus angemeſſen. Freilich hat der gegenwärtige Beſitzer der Sache gegen ſeinen Auctor Anſpruch auf vollſtändige Entſchädigung wegen Eviction. Dieſe aber ſichert ihn nicht gegen etwaige Inſolvenz deſſelben. Damit er in ſolchem Fall nicht unverſchuldeter Weiſe die Sache, ohne alles Aequivalent verliere, gibt ihm das Geſetz ein Recht auf Herausgabe deſſen, was der vindicirende Verkäufer bei Eingehung des nichtigen Kaufcontractes empfangen. Daß aber das Geſetz nicht ſo weit geht, ihm den Beſitz der Sache gegen Ergänzung des iustum pretium zu ſichern, hat ſeinen guten Grund. Zwiſchen dem gegenwärtigen Beſitzer und dem Vindican-

ten exiſtirt ein juriſtiſches Verhältniß gar nicht. Unmöglich kann der erſtere den letztern zur Abſchließung eines Kaufvertrages zwingen, wie doch anzunehmen wäre, ſtände dem erſteren das Recht zu; quod deest iusto pretio, zu ergänzen. Anders verhält es ſich mit dem urſprünglichen Mitcontrahenten. Zwiſchem ihm und dem Verkäufer hat ein obligatoriſches Verhältniß beſtanden, das, ſobald der geſetzliche Mangel deſſelben beſeitigt wird, wirkſam ins Leben tritt. In den meiſten Fällen wird nun der urſprüngliche Käufer dieſen Weg einſchlagen, da er dadurch dem gegenwärtigen Beſitzer den Beſitz der Sache, und ſo ſich ſelbſt gegen höchſt nachtheilige Evictionsanſprüche ſichert, bei denen Erſatz des ganzen Intereſſe in Anſchlag kommen würde. 2) Hypotheken und ſonſtige dingliche Rechte, mit denen der Käufer in der Zwiſchenzeit die Sache belaſtet, ſollen nach der allgemeinen Anſicht gültig bleiben [41], wenn auch der Verkäufer die Aufhebung des Vertrages wegen laesio enormis nachſucht. Nur wird dem letztern natürlich das Recht zugeſprochen, zu verlangen, daß der Käufer die Sache von dieſen Laſten wieder freimache. Man ſtützt ſich dabei theils darauf, daß der Käufer durch den Kauf doch wahrer Eigenthümer geworden, und als ſolcher die Sache mit vollkommen gültigen Hypotheken zu beſchweren befugt geweſen ſei, theils auf die Analogie

41) Vgl. Glück Commentar. Th. XVII. § 1031. S. 108. Thibaut a. a. O. § 502. Mühlenbruch a. a. O. § 406. v. Wening-Ingenheim a. a. O. § 259.

der actio redhibitoria, die, wird ſie von dem Käufer auf Aufhebung des Kaufgeſchäftes angeſtellt, eben ſo wenig die in der Zwiſchenzeit an der Sache begründeten dinglichen Rechte vernichte. [42]) Indeß iſt ſchon früher auf die Unhaltbarkeit beider Analogieen hingewieſen. Fehlt das iustum pretium, ſo iſt ein Kaufgeſchäft nicht zu Stande gekommen, mithin auch durch die Tradition der Sache, wenn ſie nicht donandi animo erfolgte (wie doch da, wo der Verkäufer die Nichtigkeit des Vertrages wegen laesio enormis behauptet, unmöglich angenommen werden kann), kein Eigenthum, alſo auch nicht die Befugniß, gültige Hypotheken u. ſ. f. zu conſtituiren, übergegangen. Der vermeintliche Käufer kann höchſtens als bonae fidei possessor gelten, alſo nur publicianiſche Servituten, Hypotheken u. ſ. f. ertheilen, die der rei vindicatio weichen müſſen. Eben ſo wenig erheblich iſt die Verweiſung auf die Redhibitorienklage. Dieſe gründet ſich nicht auf urſprüngliche Nichtigkeit des Vertrages. Daß die verkaufte Sache fehlerfrei ſei, iſt keineswegs ein essentiale des Kaufes, er iſt troz dem an ſich gültig, nicht ſo der Kauf ohne iustum pretinm. Die Redhibition iſt daher ſpätere Wiederauflöſung eines an ſich gültigen, die Anfechtung wegen laesio enormis die Nichtigkeitserklärung eines ſchon an ſich nicht rechtsbeſtändigen Kaufvertrages. In jenem Falle alſo war al-

42) Arg. L. 43. § 8. D. de aedilitio Edicto (22, 1): Pignus manebit obligatum, etiamsi redhibitus fuerit servus: quemadmodum si eum alienasset. Vgl auch L. 4. pr. D. quibus modis pignus solvitur.

lerdings Eigenthum auf den Käufer übergegangen, und damit zugleich die Befugniß zur Einräumung dinglicher Rechte, nicht ſo in dieſem. Kann aber der urſprüngliche Verkäufer, wie oben nachgewieſen worden, ſeine Sache von jedem dritten **Käufer**, der doch Eigenthum erworben zu haben vermeinte, zurückfordern, ſo auch gewiß von jedem andern, minder dinglich Berechtigten.

3) Man ſtreitet in Betreff der Früchte und Zinſen, ob dieſe gegenſeitiger Reſtitution unterworfen, oder gegen einander zu compenſiren ſind, [43]) indem man für das Eine ſich ebenfalls auf die Analogie der actio redhibitoria, für das Andre auf den interimiſtiſchen Uebergang des Eigenthums an der Sache auf den Käufer beruft. Nach unſerer Anſicht hat die ganze Frage keine beſondere Schwierigkeit. Es entſcheiden hier die für rei vindicatio geltenden Grundſätze. Eben ſo bei zufälligem oder verſchuldetem Untergange der Sache in den Händen des Käufers.

B. Die einheimiſch provinciellen Rechte.

§ 6.

1) Das Livländiſche Recht.

Es iſt in dem Bisherigen unſre Streitfrage nur von dem Standpunkte des gemeinen Rechts aus beantwortet

---

43) Vgl. Glück a. a. O. S. 105, ſo wie die in der vorigen Note angeführten Schriftſteller.

worden. Wie aber verhalten ſich zu dieſem unſere einzelnen Provincialrechte? Wir beginnen mit dem Livländiſchen, das ſich in unſerer Controverſe dem Römiſchen Recht am engſten anſchließt. Eine geſetzliche Beſtimmung über laesio enormis findet ſich

1) in den einheimiſchen Quellen des Livländiſchen Landrechts nicht. Indeß ſcheint die Praxis ſich früh für die Ausdehnung der L. 2. C. de rescind. vendit. erklärt zu haben. Schon in dem unter der Schwediſchen Regierung durch Engelbrecht v. Mengden verfaßten, aber freilich nicht beſtätigten, Entwurf des Livländiſchen Landrechts vom Jahre 1643 [44]) leſen wir:

> Buch II. Cap. 19. § 29: — Würde ſich auch zutragen (wie oft geſchieht) daß Jemand, er ſey Käufer oder Verkäufer, in Kaufen oder Verkaufen, oder auch Tauſchen, ſich über oder verſehen hätte, alſo daß er ſich über den halben Theil des gerechten, gebührlichen und billigen Werthes (ultra dimidium iusti pretii) übernommen und lebirt und verkürzet befinde: Als: ſo ein Ding, das zwanzig Gulden werth, um 8 oder 9 Gulden wäre verkauft worden, und ſich die lebirte und vortheilte Parthey deſſen rechtlich beklagte, und ſolche Laeſion und Vervortheilung probiren und beweiſen könnte: So ordnen, ſetzen und wollen

44) Die Mittheilung der provincialrechtlichen Quellen verdanke ich der Güte meines verehrten Collegen und Freundes F. G. v. Bunge.

Wir, daß ſolcher Contract von Unwürden und unkräftig ſeyn ſolle, Es wäre denn, daß derjenige, ſo ſolchen übermäßigen Vortheil hatte, erbötig wäre, den verkürzten und lädirten Mangel des rechten Werths zu erſtatten. Als dann ſoll und mag Er bei getroffenem Contract gehandhabet und davon nicht gedrungen werden. Was aber der rechte Werth eines verkauften Gutes ſey, ſoll und muß aus dem abgenommen werden, wie hoch und theuer dieſelbige Waare, Haab oder Gut, zur Zeit des Kaufes im gemeinen Werth in Kaufen und Verkaufen zu feilen Markt gegolten, hingegeben und genommen worden, ungeachtet zuvor oder auch hernacher es höher oder geringer gegolten hatten, oder gelten würden.

Uebereinſtimmend hiermit erklären ſich auch ſpätere Entwürfe und Darſtellungen des Livländiſchen Landrechts. So heißt es im Budberg-Schraderſchen Landrecht für Livland

Buch IV. Tit. 20. § 12: — Wenn beide Contrahirende Theile ſich in Gegenwart gültiger Zeugen über den Kauf eines beweg- und unbeweglichen Gutes mündlich und völlig vereiniget und dabei — — aller und jeden ihnen hiewider etwa zu ſtatten kommenden rechtlichen Befelfe und Ausflüchte, inſonderheit aber ausdrücklich der Verletzung über die Hälfte, ſich wohl bedächtig verziehen haben; ſoll derſelbe Kauf u. ſ. f.

Digitized by Google

ſo wie eben daſelbſt in

> § 16: — Und wie dahingegen für keinen gewiſſen freyen Conſens und Einwilligung gehalten werden kann, wenn ein wichtiger Irrthum und Mißverſtand in dem geſchloſſenen Contracte, den etwa ein Theil für einen Kauf, und das andere für eine Pfändung gehalten, ingleichen in der Sache ſelbſt, auch deren Beſchaffenheit, Güte und Werth vorgegangen, oder ein Theil durch Argliſt und Betrug das andere zur Handlung verleitet, und darinnen gröblich, auch wohl gar über die Hälfte verletzet, oder auch eines von beiden Theilen durch Furcht dazu gedrungen worden: Alſo mag ſothaner Kauf, wenn man ſich auch aller und jeder zu ſtatten kommenden rechtlichen Behelfe und Einwendungen mit ausdrücklichen Worten namentlich begeben hätte, dennoch als ungültig angeſtritten und nach dargethanem Erweiſe durch richterliche Erkenntniß gehoben und vernichtet werden.

Ferner in der, im Jahre 1832 zu Riga in drei Foliobänden lithographirt erſchienenen Darſtellung des bürgerlichen Rechts der Oſtſeeprovinzen.

> Buch III. Tit. 1. § 2735: Ein geſetzlicher Grund zur Aufhebung des geſchloſſenen Vertrages, auch ohne beiderſeitigen Willen der Contrahenten, iſt in allen Fällen die erweisliche Verletzung

über die Hälfte, welche einem der Contrahenten beim Abſchluß wiederfuhr. [45])

---

45) Außerdem enthält dieſer Entwurf noch eine Reihe ſehr detaillirte Beſtimmungen über laesio enormis, namentlich beim Kauf. Aus einheimiſch Livländiſchen Rechtsquellen ſind dieſelben nicht geſchöpft, wohl aber aus der gemeinrechtlichen Praxis, und namentlich deren Darſtellung bei Glück in ſeinem Commentar, deſſen betreffende Stellen wir daher zu den einzelnen Paragraphen der „Darſtellung u. ſ. f." allegiren wollen. So heißt es:

Buch III. § 3435. Wird der Kaufhandel rückgängig wegen vorgefallener Verletzung über die Hälfte, ſo gibt der Käufer, gegen Empfang ſeines Kaufgeldes, das Kaufgut, wenn es noch vorhanden, in dem Zuſtande zurück, in welchem es ſich zur Zeit der Uebergabe befand. Glück a. a. O. Th. XVII. S. 105.

§ 3436. Bei ſolcher Rückgabe haftet der Käufer wenn er der Verletzte war, nicht für Verſchlimmerungen, welche mittler Zeit durch bloßen Zufall entſtanden, ſondern nur für Mängel, welche ſein grobes Verſehen veranlaßte.

§ 3437. Rückſichtlich der Verbeſſerungen wird der Käufer, wenn er der Verletzte war, als redlicher Beſitzer beurtheilt, und rückſichtlich der Zinſen für ſein Kaufgeld in der Regel mit den Nutzungen abgefunden, die er aus dem Kaufgut bezog. Vgl. Glück a. a. O. § 1031.

§ 3438. Gleichen ſich Zinſen und Nutzungen in dem gedachten Falle nicht gehörig aus, ſo findet wegen des Abgangs beſondere Entſchädigung ſtatt. Vgl. Glück a. a. O. S. 106 u. fgg.

§ 3439. War der Verkäufer der Verletzte, ſo hat er bei Zurücknahme des Kaufgeldes zwar keinen Anſpruch auf Erſatz deſſen, was durch bloßen Zufall entkam, was aber das ſelbſt geringe Verſehen des Käufers verſchuldete, iſt Gegenſtand ihm gebührender Entſchädigung. Glück a. a. O. S. 115.

§ 3440. Gab der Käufer guten Glaubens das Kaufgut in die dritte Hand, und der Verkäufer ſeinen Widerruf erklärte: ſo iſt der letztere nur dann zur Entſchädigung gegen ihn berechtigt, wenn ihn die Veräußerung wirklich bereicherte. Vgl. Glück a. a. O. S. 114.

Endlich bei v. Bunge, das Liv- und Eſthländiſche Privatrecht. Dorpat 1338.

Buch III. Tit. 2. § 208. Das eſthländiſche Landrecht dehnt den Grundſatz des Römiſchen Rechts, daß der Verkäufer wegen Verletzung über die Hälfte den Kauf rückgängig machen dürfe, nicht nur auf beide Theile beim Kaufcontract aus, ſondern auch ganz allgemein auf alle oneroſen

---

§ 3441. Gab der Käufer das Kaufgut aus Argliſt in die dritte Hand, um dem Anſpruch des über die Hälfte verletzten Verkäufers zu entgehen, ſo bleibt dieſer dennoch ihn zur Entſchädigung berechtigt. Glück a. a. O. S. 112.

§ 3442. Ging das Kaufgut ohne Verſchulden des Käufers zu Grunde, ſo hat der über die Hälfte verletzte Verkäufer, gegen denſelben weder das Recht des Widerrufs des Kaufhandels, noch das Recht zur Ergänzung des wahren Werthes. Glück a. a. O. S. 115.

§ 3443. War dagegen der Käufer über die Hälfte verletzt, und das Kaufgut ohne ſein Verſchulden zu Grunde gegangen, ſo bleibt er dennoch gegen den Verkäufer zur Rückforderung deſſen berechtigt, was er über den wahren Werth bezahlte. Glück a. a. O. S. 119.

Von der Miethe heißt es in eben dieſem Entwurf Buch III. § 3592: Pacht und Miethe erlöſchen überhaupt wie jeder andere Vertrag, durch wechſelſeitige Uebereinkunft und Verletzung über die Hälfte.

Von dem Tauſch, ebendaſelbſt in Buch III. § 3201. Wird der Contrahent im Tauſchhandel über die Hälfte des wahren Werths verletzt; ſo iſt er befugt, binnen Jahr und Tag durch ſeinen Widerruf den Tauſch unwirkſam zu machen.

Endlich vom Vergleich ibid. § 3228. Iſt einer der Contrahenten im Vergleich über die Hälfte des wahren Werths ſeiner unſtreitigen Anſprüche verletzt worden, ſo kann er von dem geſchloſſenen Vergleich zurücktreten. — Auf dieſen letztern Punkt kommen wir weiterhin im Eſthländiſchen Recht noch einmal zurück.

Verträge, und insbeſondre auf den Tauſchcontract. Dieſe Ausdehnung iſt übrigens ſchon durch die gemeinrechtliche Praxis anerkannt, und daher auch in Livland recipirt.

Wenngleich nach Allem dieſen nicht zu bezweifeln, daß in Livland eine althergebrachte und allgemeine Praxis die Verletzung über die Hälfte als einen Aufhebungsgrund aller oneroſen Verträge betrachtet, ſo dürfte gleichwohl, da es an einer geſetzlichen Beſtimmung durchaus fehlt, auch hier gelten, was in der Einleitung zu dieſer Abhandlung über das Verhältniß der Praxis, als Rechtsquelle überhaupt, ausgeführt worden iſt. Wenn die von uns oben aufgeſtellte Anſicht über den Inhalt und den Zweck der L. 2. C. de rescind. vendit. richtig, ſo wird ſelbſt die entſchiedenſte Praxis nicht dagegen angeführt werden können, da dieſe letztere, wenn ihr auch noch ſo viel Einfluß auf die Entwickelung des Rechts zugeſtanden wird, doch das juriſtiſch Undenkbare, nicht denkbar und möglich zu machen vermag.

Die Art und Weiſe, wie der Anſpruch wegen Verletzung über die Hälfte zu realiſiren, iſt in den oben angeführten Darſtellungen des Livländiſchen Rechts nicht näher angegeben. In der v. Mengdenſchen heißt es: ein ſolcher Contract, bei dem laesio enormis vorkommt, ſolle „von Unwürden und unkräftig“ ſein. In der Budberg-Schraderſchen, er ſolle als ungültig angeſtritten, und nach dargethanem Erweiſe durch richterliches Erkenntniß gehoben und vernichtet werden. Beide Verfaſſer ſcheinen danach eine Nichtigkeitserklärung des

abgeſchloſſenen Vertrages anzunehmen, wofür bei dem letzteren noch beſonders die Zuſammenſtellung der laesio enormis mit den Fällen eines erzwungenen Kaufvertrages ſpricht. Da aber aus nichtigen Verträgen auch dritte Perſonen keine Rechte ableiten können, ſo müßte der verletzte Verkäufer gegen jeden dritten Beſitzer, der inzwiſchen die Sache vom Käufer erworben, die rei vindicatio haben. In ſo fern ſcheinen die angeführten Schriftſteller mit der von mir oben aufgeſtellten Anſicht einverſtanden zu ſein. Anders der Verfaſſer der „Darſtellung", der a. a. O. § 3440 u. ff. dem verletzten Verkäufer nur eine Entſchädigungsklage gegen den Käufer zuſchreibt. Sofern indeß dieſer ſich hierin nur den gemeinrechtlichen Anſichten anſchließt, wie ſich aus einer Vergleichung der angeführten Paragraphen mit Glück Commentar Th. XVII. S. 112 u. ff. ergibt, ſo verweiſe ich auf die obige gemeinrechtliche Ausführung.

Einer kleinen Inconſequenz ſcheinen übrigens die Verfaſſer des Budberg-Schraderſchen Landrechts-Entwurfes ſich ſchuldig gemacht zu haben. Während ſie nämlich im § 16 a. a. O. den Kauf, ſobald eine laesio enormis dabei ſtattgefunden, für ungültig erklären, wenn die Parteien ſich auch aller und jeder zu ſtatten kommenden rechtlichen Behelfe und Einwendungen mit ausdrücklichen Worten namentlich begeben hätten, ſprechen ſie gleichwohl im § 12 ibid. von der Möglichkeit eines ausdrücklichen Verzichts auf die Einrede der Verletzung über die Hälfte, mithin ſehen ſie hier den Kaufcontract als an ſich gültig an. Inconſequenzen der Art ſind al-

lezeit unvermeidliche Folgen der Unklarheit über die juriſtiſche Natur und das eigentliche Weſen eines Rechtsverhältniſſes. Ueber die Friſt, innerhalb deren die Anſprüche aus der Verletzung über die Hälfte geltend gemacht werden müſſen, enthalten die Livländiſchen Rechtsquellen ſelbſt nichts. Es muß daher hier bei den für die rei vindicatio geltenden Grundſätzen bleiben, die nach der auch für Livland geltenden Verjährungslehre des Ruſſiſchen Rechts auf die Zeit von zehn Jahren beſchränkt iſt. In dem Budberg-Schraderſchen Entwurf (der Engelbrecht von Mengdenſche ſchweigt hierüber) wird indeß jener Anſpruch auf die Friſt von Jahr und Tag beſchränkt [46]), und zwar unter ausdrücklicher Berufung auf das Eſthländiſche Ritterrecht Lib. IV. tit. 21. § 9, woſelbſt die einjährige Verjährungsfriſt ganz speciell für die laesio enormis angeordnet wird. Indeß iſt dieſe Behandlungsweiſe, Beſtimmungen des einen Provincialrechts ohne Weiteres auf das andere auszudehnen, auf das Entſchiedenſte zu mißbilligen.

2) Das Livländiſche Stadtrecht kann eben ſo we-

46) Vgl. a. a. O. Lib. IV. tit. 12. § 9. „Diejenigen Klagen, welche zwar aus einigem Kontracte herfließen . . als da ſind, die Klage . . der Verletzung im Handel . . ſollen unter Gegenwärtigen innerhalb Jahr und Tag, unter Abweſenden in drei Jahren und nicht länger, anzuſtellen vergönnt ſein.“ Uebrigens beruht die hier angenommene Verſchiedenheit der Klageverjährung gegen Anweſende und Abweſende auf einen Irrthum, da bei der Klageverjährung von Jahr und Tag dieſe Friſt immer erſt von dem Moment an gerechnet wird, wo das Hinderniß der Geltendmachung des Rechts, bei Abweſenden alſo die Abweſenheit, weggefallen iſt. Vgl. v. Bunge, das Liv- und Eſthländiſche Privatrecht § 193.

nig eine ausdrückliche geſetzliche Beſtimmung über die Ausdehnung der L. 2. C. de rescind. vendit. aufweiſen. Gleichwohl finden auch hier ſich ſchon früh unzweideutige Spuren einer für dieſelbe ſich erklärenden Praxis. Von beſonderem Intereſſe iſt der aus der Mitte des 17ten Jahrhunderts herrührende Meyer-Flügelſche Entwurf eines Stadtrechts für Riga. In dieſem heißt es:

> Pars II. tit. 11. de Emtione venditione. Vom Kauffen und Verkauffen. Art. 12. Wann der Verkäuffer über die Helffte iſt verletzet, ſo magk Er den Richter bitten, den Kauff aufzuheben, oder den mangel von Käuffern zuerſtatten. Vnd ſtehet dem Käuffer frey das gutt zu behalten, und den werth zuerfüllen, oder aber ſein geldt zurück zu nehmen. Gleiches Rechtens hatt der Käufer ſich zu gebrauchen.
>
> Art. 13. Ebenmäßig kann der vor Gerichte den Contract aufzuheben bitten, welcher im tauſch, vertrage und theilunge über die helffte iſt verletzet.

Dagegen ſind in den ſpäter, um das Jahr 1673 verfaßten, noch gegenwärtig geltenden Rigiſchen Statuten, dieſe offenbar aus der damaligen gemeinrechtlichen Praxis entlehnten Beſtimmungen weggelaſſen worden.

§ 7.

Das Eſthländiſche Recht.

Hier finden wir 1) im Landrecht allerdings meh-

rere unſere Controverſe betreffende geſetzliche Verordnungen, die natürlich dem gemeinen Recht derogiren. Das Ritter- und Landrecht ſchreibt in Buch IV. Titel 1. „von vertragenen Sachen und Compromiſſen" ausdrücklich vor:

> Art. 10. Ebenmäßig da einer alſo fort beſtändig und klärlich beweiſen kann, daß er im Vertrage auf ein Merkliches über die Hälfte ſei vervortheilet und verkürzet worden, ſo mag das verkürzte oder verletzte Theil wegen ſolcher merklichen Verkürzung, welcher einer Betrüglichkeit faſt gleich, ſothanen Vertrag wohl anfechten.

Desgleichen bei der Lehre vom Kaufen und Verkaufen, in

> tit. 13. Art. 4. Wäre jemand über die Hälfte des rechten Werthes, was das verkaufte Gut nach gemeiner, gewöhnlicher Wardirung würdig, vervortheilet, oder durch gebrauchte vorſetzliche Betrüglichkeit zu einem Kauf verurſachet, oder es würde das verkaufte Gut in der Beſichtigung verkaufter Maßen nicht befunden, ſtehet dem verkürzten Theil frey, ſothanen Kauf zu widerrufen, und müſſen demſelben ſeine Gelder, da er einige darauf bezahlet, wieder erſtattet werden.

Endlich im Titel 15, von Vertauſchung beweg- und unbeweglicher Güter.

> Art. 2. So nun einer im Tauſch über die Hälfte des rechten Werthes vervortheilet, oder einem ein ſchadhaftig, ungeſund oder geſtohlen Pferd, Vieh

u. ſ. w. oder auch falſch, verdorben Gut, für geſund, ungebrechlich, frei und untadelhaftig angetauſcht würde, ſo iſt ſolcher Tauſch, gleich in Kaufen und Verkaufen, ungültig.

Bei dieſen Beſtimmungen iſt es zunächſt intereſſant, daß die Verletzung über die Hälfte als etwas dem Betruge nahe Verwandtes, ja als ein dolus praesumtus angeſehen wird. Beſonders deutlich tritt dieſer Geſichtspunkt in dem erſterwähnten, von Verträgen im Allgemeinen handelnden Art. 10. des Tit. 1. in den Worten: „Verkürzungen, welcher einer Betrüglichkeit faſt gleich" hervor, und wird auch in den übrigen Artikeln durch die unmittelbare Zuſammenſtellung der laesio enormis mit dem Betruge wiederholt hervorgehoben. Dem Römiſchen Recht iſt dieſe Auffaſſungsweiſe fremd, vielmehr wird hier ausdrücklich in der L. 10. C. de rescind. vendit. geſagt: „dolus emtoris qualitate facti, non quantitate pretii aestimatur". Es fragt ſich nun aber, ob dieſer veränderte Geſichtspunkt nicht auf die Behandlung der ganzen Lehre ſelbſt von Einfluß ſei, und dies ſcheint allerdings ſo. Betrachtet nämlich das Römiſche Recht die Exiſtenz einer laesio enormis als Verſtoß gegen das weſentlich erforderliche Requiſit eines iusti pretii, und erklärt in Folge deſſen den Kaufvertrag als gar nicht zu Stande gekommen, ſo ändert ſich dies, ſieht man die laesio enormis als einen dolus an. Der Vertrag iſt dann an und für ſich gültig, wiewohl er wegen Betrugs angefochten werden kann. Dies iſt auf die Rechte dritter Perſonen, die inzwiſchen von dem Käufer oder

Verkäufer Anſprüche an der Sache erworben haben, von dem wichtigſten Einfluß. Andrerſeits aber erklärt ſich durch dieſe veränderte Grundanſicht ſehr natürlich die Ausdehnung der L. 2. C. de rescind. vendit. nicht nur auf die Perſon des Käufers, ſondern auf andre Verträge überhaupt, denn Betrug der bezeichneten Art kann jeder der Contrahenten und bei jedem Vertrage üben. Zu dieſer veränderten Auffaſſungsweiſe iſt das Eſthländiſche Ritter- und Landrecht durch ein reines Mißverſtändniß des Römiſchen Rechts gekommen.[47])

47) Das Eſthländiſche Ritterrecht beruft ſich auf die Schriften eines damals in großer Achtung ſtehenden gemeinrechtlichen Practikers, nämlich Gaill observationes practicae. Allerdings ſagt dieſer: „ex enormi vel enormissima laesione, puta si ultra dimidium decepta sit, dolus praesumitur“, eine Anſicht, die er an mehreren Orten, namentlich ſeiner Observationes Lib. II. obs. 147 № 8. ausſpricht, und zwar leitet er dieſelbe aus 2 Stellen des Römiſchen Rechts ab: 1) L. 17. § 1. D. quae in fraudem creditorum (42, 8): eine Stelle deren Inhalt zu unſerer Lehre in gar keiner Beziehung ſteht. Es heißt darin: vermacht jemand ſein ganzes Vermögen ſeinen Freigelaſſenen, ſo ſoll angenommen werden, er habe dies creditorum fraudandorum causa gethan und deshalb der Anfechtung von Seiten der Gläubiger unterliegen. Glücklicher gewählt ſcheint beim erſten Anblick 2) die L. 5. C. de dolo malo (2, 21). Der darin erwähnte Fall iſt dieſer: Ein Vater hat ſeine von der Mutter zur Erbin eingeſetzte, noch unmündige Tochter emancipirt, als ihr tutor legitimus ihr Vermögen verwaltet, und, bei eingetretener Volljährigkeit derſelben, mit ihr wegen etwaiger Anſprüche durch einen Vergleich ſich abgefunden. War dieſer, heißt es weiter, in Form eines pactum abgeſchloſſen, ſo hat der Vater gegen die Klagen der Tochter eine exceptio, während, wenn die transactio in der Form einer stipulatio und darauf folgender acceptilatio vorgenommen worden, die Tochter gar kein weiteres Klagerecht gegen den Vater haben

Um ſo weniger iſt es daher zu billigen, daß der Verfaſſer der mehrfach genannten „Darſtellung“ dieſen irrigen Geſichtspunkt des Eſthländiſchen Landrechts als einen den verſchiedenen Rechten der drei Oſtſeeprovinzen durchaus gemeinſamen aufgenommen hat. Er ſagt in einer Note zu § 3436 a. a. O.: „Dem Käufer als Verletzten iſt die Vertretung nur des groben Verſehens aufzulegen,

---

würde. Am Schluß aber fügt das Geſetz hinzu: „sane si laesa est immodice, liberatione solenniter per novationem atque acceptilationem tibuta, non de dolo, propter paternam verecuadiam, sed in factum actio tibi tribuenda est.“ Daraus nun ſcheint zu folgen, die Tochter würde, ſtände das Pietätsverhältniß nicht im Wege, gegen den Vater die actio de dolo, dieſe letztere aber ihren Grund in der laesio immodica haben, mithin wäre damit der Character der laesio immodica, alſo der laesio enormis, als eines dolus, und zugleich die Anfechtbarkeit eines Vergleiches wegen laesio enormis ausdrücklich anerkannt. Allein die hier erwähnten Worte: „si immodice laesa est“ dürfen nicht gedeutet werden auf die ſ. g. laesio enormis. Vielmehr hat es damit folgende Bewandniß: Unſtreitig kann jeder Vergleich wegen erwieſenen Betrugs mit der actio de dolo angefochten werden. Allein Anſtellung dieſer Klage iſt nur geſtattet, wenn der Umfang der Verletzung ein einigermaßen erheblicher: neque enim passim, ſagt Ulpian in L. 9. § 5. D. de dolo malo (4, 4), haec actio indulgenda est. Nam ecce in primis, si modica summa sit. Id est fügt Paulus in L. 10. D. eod. hinzu, usque ad duos aureos non debet dari. In offenbarer Beziehung nun auf dieſes „si modica summa sit“ heißt es in unſerer L. 5. C. de dolo malo: si laesa est immodice. Kann demnach das Geſetz nicht auf die laesio enormis bezogen werden, ſo fällt damit jeder für die rechtliche Natur der laesio enormis als eines präſumtiven dolus daraus gezogene Schluß weg. Wäre die Beziehung jener L. 5. C. cit. zu unſerer Lehre unzweifelhaft, ſo würde es kaum zu begreifen ſein, daß nicht einer der Vertheidiger der Ausdehnung der L. 2. C. de rescind. vendit. ſich auf dieſelbe, als auf ein Hauptargument, berufen.

weil Verletzungen über die Hälfte einer Betrüglichkeit (von Seiten des Verkäufers) faſt gleich geachtet werden." — Während er aber ſo auf der einen Seite die Anſicht des Eſthländiſchen Ritterrechts unrechter Weiſe verallgemeinert, beſchränkt er ſie zugleich eben ſo ungegründet. Denn warum ſoll, faßt man einmal die laesio enormis als einen präſumtiven Betrug, ein ſolcher nicht auch auf Seiten des Käufers angenommen werden können, wenn dieſer z. B., den dem Verkäufer unbekannten höheren Werth der Sache kennend, und den Irrthum des Verkäufers benutzend, dieſelbe unter der Hälfte ihres Werthes erſteht? Es iſt dieſe Behandlungsweiſe der Rechtsquellen im Einzelnen eben ſo willkürlich und tadelnswerth, als die Ausdehnung und ſubſidiäre Anwendung der Beſtimmungen eines der drei Provincialrechte auf die übrigen, ein Verfahren, das, conſequent durchgeführt, alles Provinzialrecht von Grund aus vernichtet.

So beſtimmt nun auch im Allgemeinen das Eſthländiſche Ritter- und Landrecht ſich für die Ausdehnung der L. 2. C. de rescind. vendit. ausſpricht, ſo zweifelhaft kann doch im Einzelnen der Umfang dieſer Ausdehnung ſein. Es iſt dies in beſonderem Maße der Fall beim Vergleich. Leider müſſen wir auch hier wieder uns gegen den Verfaſſer der „Darſtellung" erklären. Dieſer ſagt a. a. O.

§ 3228. Iſt einer der Contrahenten im Vergleich über die Hälfte des wahren Werths ſeiner un-

ſtreitigen Anſprüche verletzt worden, ſo kann er von dem geſchloſſenen Vergleich zurücktreten.

Zuförderſt iſt hier der Ausdruck „ſeiner unſtreitigen Anſprüche“ etwas unklar. Soll damit geſagt ſein: „wenn ein Contrahent weniger als die Hälfte von dem, was er unſtreitig zu fordern hatte“ erhält? Aber dann würde der Begriff des Vergleichs wegfallen, deſſen Weſen der Verfaſſer ſelbſt a. a. O. in die Ungewißheit und Zweifelhaftigkeit der verglichenen Anſprüche ſetzt. Vielmehr ſcheint der Verfaſſer dies gemeint zu haben: iſt der eine Vergleichscontrahent in Beziehung auf einen Punkt, den die Parteien für unſtreitig hielten, auf den mithin der Vergleich ſich nicht unmittelbar bezog, über die Hälfte verkürzt worden, ſo ſoll er den ganzen Vergleich anfechten dürfen. Allein von ſolcher Modification weiß wiederum das Eſthländiſche Recht, einſtweilen zugegeben, daß daſſelbe überhaupt Aufhebung des Vergleichs wegen laesio enormis geſtatte, nichts. Jene Modification hat der Verfaſſer auch nicht aus dem gemeinen Recht entlehnt, denn dem Römiſchen Recht iſt ſie ebenfalls unbekannt, ſondern lediglich aus den Schriften eines, freilich ſehr gewichtvollen Juriſten, nämlich Thibaut's. [48]) Indeß kann deſſen ſinguläre Anſicht wohl nicht als Eſthländiſches Recht gelten, abgeſehen davon, daß ſich an der Richtigkeit derſelben mancherlei Zweifel erheben laſſen. Wenn endlich der Verfaſſer alſo argumentirt: „Das

48) Thibaut, Verſuche über einzelne Theile der Theorie des Rechts. Th. II. Abh. 11.

Eſthländiſche Ritter- und Landrecht verordnet bei Verträgen im Allgemeinen, daß ſie wegen Verletzung über die Hälfte angefochten werden können, mithin muß daſſelbe auch für den Vergleich gelten, da dieſer nicht ſpeciell ausgenommen iſt“, ſo ſcheint er die beſondere Natur des Vergleichs, als eines beiderſeitigen *Verzichts*, außer Acht gelaſſen zu haben. Will man die Anfechtbarkeit eines Vergleichs wegen laesio enormis überhaupt für das Eſthländiſche Recht behaupten, ſo ſcheint dies nur aus dem Geſichtspunkt der laesio enormis als eines präſumtiven dolus, wie das Eſthländiſche Ritterrecht ihn annimmt, geſchehen zu können. Denn daß bei erwieſenem Betruge der Vergleich unkräftig ſei, iſt auch nach gemeinem Recht nicht zu bezweifeln.

Ueber das Rechtsverfahren ſelbſt gibt das Eſthländiſche Ritter- und Landrecht keinen ausdrücklichen Aufſchluß. Indeß liegt es hier in der Natur der Verkürzung über die Hälfte, als eines dolus praesumtus, daß nur von einer perſönlichen Klage auf Wiederaufhebung des an ſich gültigen Vertrages die Rede ſein könne. Dafür ſprechen auch die Ausdrücke der betreffenden Geſetzſtellen. Der Verletzte ſoll, nach Buch IV. Tit. 1. Art. 10. „ſothanen Vertrag wohl anfechten“, nach Tit. 13. Art. 4. „ſothanen Verkauf widerrufen“. Doch ſteht ihm dieſes Recht nur binnen *Jahr und Tag* zu. Es verordnet nämlich das Ritter- und Landrecht

> Buch IV. Tit. 21. Art. 9: Wird jemand durch einen Vertrag, Kauf, Tauſch oder dergleichen auf ein Merkliches, über die Hälfte vervortheilet; ſo mag er ſolchen Handel widerrufen *binnen Jahr*

und Tag; nach ſolcher Zeit aber wird er damit nicht gehöret.

Dieſe durchaus eigenthümliche Beſtimmung erklärt ſich wohl aus der gewöhnlichen einjährigen Verjährungsfriſt des Deutſchen Rechts, die in dem Eſthländiſchen Ritter- und Landrecht häufiger vorkommt. [49]) Daß übrigens von einer Anwendung derſelben auf die Stadtrechte, wie auf die Provincialrechte überhaupt nicht die Rede ſein könne, bedarf wohl kaum der Erwähnung.

2) Das in den Städten Reval, Hapſal und Weſenberg recipirte Lübiſche Stadtrecht enthält über die laesio enormis eine beſondere Beſtimmung nicht. Während nun die übrigen Städte Eſthlands in privatrechtlicher Hinſicht dem allgemeinen eſthländiſchen Provincialrecht unterworfen ſind, als deſſen Quelle auch diejenigen Beſtimmungen des Ritter- und Landrechts die nicht den Adel insbeſondere betreffen, gelten, [50]) muß in den drei genannten die Verletzung über die Hälfte, eben ſo wie in Livland, nach den oben entwickelten Grundſätzen des gemeinen Rechts behandelt werden.

§ 8.

Das Curländiſche Recht.

Wir unterſcheiden wiederum das Land- und Stadt-

49) Vgl. F. G. v. Bunge, Liv- und Eſthländiſches Privatrecht. § 194.

50 v. Bunge, Wie kann der Rechtszuſtand Liv-, Eſth- und Curlands am zweckmäßigſten geſtaltet werden? Riga und Dorpat 1833. § 4. S. 13.

recht. In dem erſteren finden ſich auch hier beſondere Beſtimmungen über unſre Controverſe, und zwar ſowohl in den im Jahre 1611 verfaßten ſ. g. Piltenſchen Statuten, die meiſt aus dem alten einheimiſchen Gewohnheitsrechte geſchöpft, von dem Könige Sigismund III. von Polen ausdrücklich beſtätigt worden ſind, als in den Curländiſchen oder Ordenſchen Statuten vom Jahr 1617. [51]) In dem erſteren heißt es

> Theil II. Titel 8. § 3: Wann der Vorkäuffer von dem Käuffer in dem Kauffgelde über die Helffte des billigen Wertts, ubervortelt, ſo kann der Kauff hinterzogen werden, doch ſtehet in des Kauffers Willkühr, das gekauffte wieder zu geben, oder den billichen Wertt deßelben zu erſetzen, welches dann auch in Tauſchung und Werelung der Gütter, Verträgen und Theilung ſtatt hat.

Im Allgemeinen enthalten dieſe Worte nur eine geſetzliche Beſtätigung der in der gemeinrechtlichen Praxis jener Zeit gäng und gäben Anſichten. Auffallend iſt indeß 1) die Nichterwähnung des Käufers, 2) die Ausdehnung auf den Vergleich, denn daß dieſer letztere mit den Worten „Verträgen und Theilung“ gemeint ſei, dafür ſpricht theils die Stellung dieſer Worte nach den voran aufgeführten ſpeciellen Arten der Verträge überhaupt, wodurch ſie ſelbſt einen ſpecielleren Sinn bekommen, theils der Umſtand, daß das Wort Vertrag auch ſonſt wohl in den Pilteuſchen Statuten in der Bedeutung von

---

51) v. Bunge ebendaſelbſt § 3. S. 7.

Vergleich gebraucht wird. Es ſcheint dies wenigſtens ſich aus Titel 14. § 1. zu ergeben, worin, mit unzweideutiger Beziehung auf die Streitfrage, ob ein Vergleich wegen ſpäterhin aufgefundener Urkunden angefochten werden könne, geſagt wird: „alle ehrliche Vorträge ſoll man halten, obgleich hernach andere Vrkunden gefunden werden, darauß einem Theil mehr Recht, den dem andern zuſtände.“

Die erwähnten Curländiſchen Statuten dagegen beſtimmen in

> § 102. Si quis fraude venditoris ad rem aliquam magnam quingentorum florenorum pretium excedentem, emendam inductus, ultra dimidium iusti pretii deceptus fuerit, propter ingentem deceptionem contractus ad aequalitatem, et pretium ad id, quod iustum et aequabile iudici videbitur, reducendus, aut, si id facere venditor recusaverit, emtio et venditio rescindenda erit, eatenus tamen, ut haec laesio intra annum et diem in iudicium deducatur.

Dieſer Paragraph, der einzige der in den Curländiſchen Statuten von der laesio enormis handelt, enthält eine Reihe intereſſanter Singularitäten, ſo daß man faſt zu vermuthen geneigt ſein möchte, er verdanke ſeine Aufnahme eben den mancherlei Abweichungen vom gemeinen Recht. Es iſt nämlich

1) der Geſichtspunkt der laesio ultra dimidium, als einer species des Betruges ganz unzweideutig ausgeſprochen: si quis fraude venditoris — — ad rem

emendam inductus, ultra dimidium iusti pretii deceptus fuerit. Wahrſcheinlich haben auch hier die Schriften gemeinrechtlicher Practiker, namentlich Gaill's, eingewirkt. Wie wichtig dieſer veränderte Geſichtspunkt für die Behandlung der ganzen Lehre, iſt bereits oben erörtert worden.

2) Bleibt man ſtreng bei den Worten ſtehen, ſo ertheilen die Curländiſchen Statuten das Recht wegen laesio enormis ſich zu beſchweren, nur dem Käufer: si quis fraude venditoris ad rem aliquam - - - emendam inductus, ultra dimidium iusti pretii deceptus fuerit - - aut si id facere venditor recusaverit etc. Es iſt dies freilich im Allgemeinen dem Standpunkt der laesio enormis, als eines Betruges, durchaus gemäß. Der Verkäufer wird ohne Zweifel in der Regel den Werth ſeiner Sache beſſer kennen, als der Käufer, und dadurch eher zum Betruge Gelegenheit haben. Allein undenkbar iſt das umgekehrte Verhältniß nicht, wie wir ſchon oben gegen den Verfaſſer der „Darſtellung u. ſ. w." ausgeführt haben. Es fragt ſich alſo, ob nicht auch über die Worte des § 102 hinaus eine Anwendung deſſelben auf den verletzten Verkäufer anzunehmen ſei. Dies ſcheint um ſo mehr, erwägt man die Möglichkeit, ja die Wahrſcheinlichkeit, daß die Verfaſſer der Curländiſchen Statuten von der Aufhebung des Kaufvertrages wegen laesio enormis überhaupt handeln wollten und nur zu concret an dem Beiſpiel des Käufers erörterten, was ihrer Abſicht nach beim Kauf überhaupt gelten ſollte.

3) Die Statthaftigkeit der Anfechtung eines abgeſchloſſenen Kaufvertrages propter laesionem enormem wird beſchränkt auf Gegenſtände, die mehr als 500 Gulden koſten: „ad rem aliquam magnam, quingentorum florenorum pretium excedentem.“ Hier iſt auffallend, wie man zu einer Beſchränkung überhaupt, und dann gerade zu dieſer Gränze gekommen. Für Beides dürfte ſich eine genügende Erklärung in Folgendem bieten. Die L. 2. C. de rescind. vendit. ſagt: „rem maioris pretii si tu vel pater tuus minoris distraxerit, humanum est, etc.“ Dieſe Anfangsworte, die offenbar in Beziehung zu dem folgenden „minoris distraxerit“ ſtehen, faßte man irrthümlich als eine Beſchränkung der Anwendbarkeit des Geſetzes auf beſonders werthvolle Gegenſtände auf, und ſah ſich, um hierbei die richterliche Willkühr möglichſt auszuſchließen, nach einer feſten Gränze für res maioris pretii um. Dabei fielen den Verfaſſern die 500 solidi, die als Gränze bedeutenderer Schenkungen vorkommen, ein, und ſo übertrugen ſie dieſe auch auf die vorliegende Lehre. Die Richtigkeit dieſer Hypotheſe gewinnt einige Beſtätigung durch die durchaus gleiche Wortwendung, deren die Verfaſſer der Statuten in beiden Fällen ſich bedienen. Sie ſagen in § 86, bei Gelegenheit der Schenkungen: „Donationes omnes, etsi licitae sint, tamen cum quaedam sapiant prodigalitatem et suspicionem, quod fraudibus et blanditiis extortae magis, quam ex amore impetratae sint, idcirco excedentes summam quingentorum florenorum Poloniae non-

nisi publica insinuatione iudiciali praecedente permitti“ etc., während es in unſerm § 102 heißt: „quingentorm florenorum pretium excedentem“ u. ſ. f. Dieſe Uebertragung der Gränze von 500 Floren bei Schenkungen auf die laesio enormis mag außerdem noch durch den verwandten Geſichtspunkt, den die Compilatoren für beide aufſtellen, veranlaßt worden ſein. Die das Maaß von 500 floreni überſteigende Schenkung erweckt, nach ihrer Anſicht, wenn die Inſinuation unterbleibt, ebenfalls den Verdacht des Betruges: - - - sapiant suspicionem quod fraudibus et blanditiis extortae magis, quam ex amore impetratae sint.“ Demnach möchte man faſt glauben daß ihnen die Summe von 500 floreni das Maaß erlaubter Betrügerei geweſen ſei.

4) Die L. 2. und 8. C. de rescind. vendit. geben dem Käufer das Recht, ſich von allen ferneren Anſprüchen des Verkäufers frei zu machen durch Nachzahlung deſſen, quod deest iusto pretio. Es ſoll der wahre Preis, den die Sache zur Zeit des abgeſchloſſenen Kaufcontracts gehabt hatte, ergänzt werden. Die Curländiſchen Statuten hingegen ſtellen die Beſtimmung der nachzuzahlenden Summe dem billigen Ermeſſen des Richters anheim: „contractus ad aequalitatem, et pretium ad id, quod iustum et aequabile iudici videbitur, reducendus.“ Dieſe Verſchiedenheit der Beſtimmung erklärt ſich hinlänglich aus dem veränderten Geſichtspunkte. Iſt nach der L. 2. C. cit. der Kauf ungültig, weil ihm ein weſentliches Erforderniß, das

pretium, fehlt, ſo kann er nur bei Kraft bleiben, wenn dieſes Hinderniß beſeitigt wird. Wo aber gleichſam unter den Augen des Geſetzes das pretium ins Leben tritt, kann dies nur das verum et iustum pretium ſein. Erſcheint dagegen die Verletzung über die Hälfte vorzugsweiſe als ein Betrug, ſo kann es auch nur auf Ausgleichung der Uebervortheilung ankommen, und hier iſt die Provocation auf das billige Ermeſſen des Richters ganz angebracht.

5) Die Curländiſchen Statuten beſchränken, wie das Eſthländiſche Ritter- und Landrecht, die Anfechtbarkeit des Vertrages wegen laesio enormis auf die kurze Friſt von Jahr und Tag. Wahrſcheinlich gleichfalls aus dem Geſichtspunkte der Deutſchrechtlichen Verjährungslehre, wiewohl auffallend iſt, daß außerdem in den Statuten dieſe kurze Verjährungsfriſt nicht vorkommt.

Es leidet keinen Zweifel, daß die Beſtimmungen der Curländiſchen Statuten, geſetzt auch daß dieſelben nicht aus der Praxis geſchöpft waren, doch ſehr bald in dieſelbe Eingang fanden. Dies erhellt vorzugsweiſe aus einem nicht viel ſpäter, um die Mitte des 17ten Jahrhunderts für Curland verfaßten, wiewohl ebenfalls nicht beſtätigten Geſetzentwurf, das Derſchau'ſche Landrecht genannt, in welchem wir die obigen Beſtimmungen, nur mannigfach erweitert, wiederfinden.

Ich kann nicht umhin, hier die auf unſre Lehre ſich beziehenden Paragraphen jenes Geſetzentwurfes, der, wie ſo viele Rechtsquellen der Provincialrechte leider nur in

noch dazu nicht zahlreichen Handſchriften exiſtirt, hier mitzutheilen. Es heißt daſelbſt:

> Theil II. Buch II. Abſchn. 3. Tit. 7. § 29 und 30: „Wenn Einer aus Betrugs des Verkeuffers, Einne Sache die ſich über 500 fl. erſtrecket, zu Kauffen verredet, vnd über die helffte des rechten wehrts überſetzet wirdt; So ſoll vmb des großen überſatzes, vnd betrugs willen, der Kauff vndt Handell zu gleichen, vnd der Kauff Schillingk wie dem Richter bedünken wirdt, zur Billigkeit, gebracht werden, Vnd wo ſich der Verkauffer hierin verweyerte, der Kauff gantz auffgehoben, Vnd kraftlos erkannt werden, Jedoch daß Solche laesion, vnd über Vortheillung Innerhalb Jahr Vnd tags, anhengig gemacht werden, welche laesio auch per modum exceptionis kann beygebracht werden. § 30: Waß aber der rechte werth eines Verkaufften Guhts ſey ſoll aus dem abgenommen werden, wie hoch vndt theuer dasſelbe zur Zeit des Kauffs in Gemeinen wehrt, in Kauffen vnd Verkauffen gegolten vnd genommen worden, obgleich daßelbe zu vor oder Hernach in höheren oder geringern Preis gewehſen oder ſeyn würde.“

Der erſte dieſer beiden Paragraphen iſt eine reine Ueberſetzung des § 102 der Curländiſchen Statuten, und in ſo fern von geringerem Intereſſe. Dagegen finden wir in § 30. eine intereſſante, wenige Auslaſſungen abgerechnet, wörtliche Uebereinſtimmung mit den oben

§ 6. S. 159. mitgetheilten Endworten des Engelbrecht v. Mengdenſchen Entwurf's eines Livländiſchen Landrechts: ſei es nun, daß eine dieſer Arbeiten unmittelbar aus der andern, oder daß beide aus einer gemeinſamen Urquelle ſchöpften. Das letztere iſt wenigſtens nicht undenkbar, da Engelbrecht v. Mengden, der eine Zeit lang Landnotar des Gerichts in dem Piltenſchen Kreiſe geweſen [52]), jedenfalls mit den Anſichten und Schriften der Curländiſchen Practiker damaliger Zeit vertraut war. Weiter heißt es in dem Derſchau'ſchen Landrecht a. a. O.

> § 31: Solch beneficium L. 2. C. de rescind. vendit. ſoll auch Stadt haben in locatione et conductione, In Miethen Vnd Vermiehten, wie auch in Theilung der Gühter, So gemein iſt, dergleichen, So einem Creditori, für Geldt Schulden, von ſeinen Schuldener In Bezahlung derſelben Haab und Gühter angegeben, vnd Er darin über die helffte betrogen worden.
>
> § 32: Die Transactiones vnd Verträge, darinnen Einer über die Helffte vervortheilet, ſollen auch Hiedurch auffgezohgen ſeyn; Es wehre denn, daß die Parten super laesione ipsa wiſſentlich tranſigiren; In welchem Fall Solches remedium nicht Stadt haben ſoll.

Eine ſo ausdrückliche Anwendung der L. 2. C. de rescind. vendit. auf die Miethe, finden wir außerdem

---

52) Vgl. § 8. der Piltenſchen Regimentsformel vom 9ten Mai 1617.

nur bei dem Verfaſſer der „Darſtellung". Selbſt das Eſthländiſche Ritterrecht redet nur von Verträgen im Allgemeinen. Eben daſſelbe gilt in Betreff der cessio bonorum. Auf die Theilung wird die L. 2. C. cit. auch im § 3. der Piltenſchen Statuten angewendet. Die Ausdehnung endlich auf den Vergleich, iſt auch dem Eſthländiſchen Ritterrecht bekannt. Eigenthümlich indeß iſt dem Derſchau'ſchen Landrecht die ausdrückliche Beſtimmung, daß durch den Verzicht, ſo wie durch die Erklärung eines Majorennen Verkäufers, daß falls die verkaufte Sache mehr werth ſei, als das empfangene Kaufgeld, der Ueberſchuß dem Käufer geſchenkt ſein ſolle, die Anfechtung wegen laesio enormis ausgeſchloſſen werde. Es verordnet nämlich a. a. O.

> § 33: Sollte ein Majorenis, der über ſeine 22 Jahr iſt, im Contract der transaction dieſe Clauſul einſetzen laſſen, Vndt dieſe Cautell gebrauchet haben, daß er ſeinen Käuffer, wo Ferne das verkauffte Ding mehr Vnd höher von würden, als das erlangte Kauff Geldt, daß übrige wollte verehret haben; So ſoll die exceptio laesionis ultra dimidium als dann nicht Stadt haben.

Die gegenwärtige Curländiſche [53]) Praxis hat all dieſe Beſtimmungen in ſich aufgenommen. Sie geſteht ſowohl dem Käufer als dem Verkäufer die Anfechtung

53) Die Mittheilung der hierauf bezüglichen Notizen verdanke ich der bereitwilligen Güte des Herrn Oberhofgerichtsadvocaten Neumann in Mitau.

eines Kaufvertrages wegen laesio enormis zu, und zwar jenem, nach § 102 der Curländiſchen Statuten, dieſem nach L. 2. C. de rescind. vendit. Auch die 500 floreni der erſteren hat ſie recipirt, und zwar werden, nach mehrfachen oberhofgerichtlichen Präjudicaten, dieſelben zu 75 Rubel Silber Münze, ein Floren Poln. alſo zu 15 Kopeken Silber, berechnet. Beträgt das Kaufobject weniger als dieſe Summe, ſo wird die laesio enormis nicht berückſichtigt. Ob dieſe Beſchränkung auch da angewendet werde, wo der Verkäufer wegen laesio enormis klagt, iſt mir unbekannt geblieben. Conſequent müßte ſie hier wegfallen, da man dem Verkäufer das Anfechtungsrecht auf Grundlage der L. 2. C. de rescind. vendit. einräumt, der jede ſolche Begränzung durchaus fremd iſt. In Betreff der Ausdehnung endlich auf andre Rechtsgeſchäfte hat die Curländiſche Praxis ſich entſchieden dahin ausgeſprochen, daß bei allen oneroſen Verträgen die aus der laesio enormis hervorgehenden Rechtsmittel und Folgen für beide Theile gleich Statt finden.

2) Die beſonderen Rechtsquellen der einzelnen Curländiſchen Städte enthalten über die vorliegende Lehre gar keine Beſtimmungen, daher hier nach den oben entwickelten Grundſätzen des Landrechts entſchieden wird.

VI.

Die Geſchlechtsvormundſchaft nach Livländiſchem Recht.

Von Joh. Ludw. Müthel,
ehemaligem Prof. des Livländiſchen Rechts in Dorpat.

Bereits im Jahre 1817 beabſichtigte der verſtorbene Landrath G. J. v. Buddenbrock die Herausgabe der von dem ehemaligen Profeſſor Müthel hinterlaſſenen Collegienhefte, ſo weit ſie das Livländiſche Recht betreffen, und gab einen detaillirten Plan dazu im Druck heraus. Die Ausführung unterblieb damals, vielleicht wegen Mangel an Theilnahme, der wohl in dem großen Umfange des Unternehmens ſeinen Grund haben mochte. In der That dürfte ſich auch der größere Theil des Müthelſchen handſchriftlichen Nachlaſſes, der in der Dorpater Univerſitäts-Bibliothek aufbewahrt wird, zur vollſtändigen Bekanntmachung nicht eignen [1]: wohl aber finden ſich darin einzelne Ausführungen, welche der Veröffentlichung werth ſind. Derartige Bruchſtücke werden die Herausgeber in dieſen Erörterungen von Zeit zu Zeit mittheilen; bitten jedoch, dabei nicht unbeachtet zu laſſen, daß Müthel vor dem Jahre 1812 ſchrieb, wo das Deutſche Recht noch lange nicht auf der hohen Stufe wiſſenſchaftlicher Bearbeitung ſtand, als gegenwärtig.

Die Herausgeber.

---

1) Nähere Nachrichten über den Inhalt dieſes Nachlaſſes finden ſich in dem angeführten Programm v. Buddenbrock's, desgl. in C. G. v. Bröcker's Jahrb. für Rechtsgelehrte in Rußland. Bd. I. S. 229 fgg. und in Recke's und Napiersky's Schriftſteller- und Gelehrten-Lexicon. Bd. III. S. 291 fg.

§ 1.

Einleitung.

Zu den dinglich-perſönlichen Rechten des weiblichen Geſchlechts gehört bloß die Geſchlechts-Curatel und Tutel der Weiber als ſolcher, ohne Rückſicht auf das Alter, daher ſie auch perpetua heißt. Sie iſt theils als beneficium, theils als odium iuris zu betrachten, aber im Livländiſchen Recht in vierfacher Hinſicht controvers.

1) In Betreff der Frage: Exiſtirte ſie je bei uns wirklich? auch in außergerichtlichen Angelegenheiten? denn bei gerichtlichen iſt ſie nicht ſtreitig [2]). Die Praxis ſchwankt hier. Dies erſieht man aus den wiederſprechenden Notizen in dem noch ungedruckten Speculum iuris Livonici von Janckiewitz sub. v. Frauenzimmer. Im § 1 — 3 unterſtützt J. zwar die von ihm behauptete Affirmative mit mehreren Präjudicaten des Livländiſchen Hofgerichts, theils aus dem 17ten, theils aus dem 18ten Jahrh. bis 1774. Im § 4 dagegen behauptet er gerade das Gegentheil: „eine Wittwe könne in ihren Verwaltungs-Angelegenheiten absque curatore agiren, indem darüber kein Geſetz vorhanden ſei, welches es für ungültig erkläre, wenn ſie ohne Curator über ihr Vermögen disponire.“ Den Grund dieſes Widerſpruchs findet man darin, daß das Hofgericht auf einmal ſeine Grundſätze geändert habe, nach dem angeführten Beſcheid deſſelben vom 23ten Februar 1781 in Sachen der Hofräthin Adamowitz wi-

2) Livländiſches Ritterrecht Cap. 42, 43 und 175. Königl. Schwed. Briefe vom 20. October 1687 und 26. Jan. 1688.

Digitized by Google

dar den General v. Hartwiß. Die Unrichtigkeit dieſer letztern Anſicht wird unten § 2 nachgewieſen werden. Dieſe Controverſe hat aber nicht bloß eine hiſtoriſche, ſondern auch eine practiſche Bedeutung, denn gleichfalls ſtreitig iſt bei der Affirmation dieſer erſten Streitfrage:

2) ob dieſe beſtändige Unmündigkeit des weiblichen Geſchlechts nur ehemals, oder noch jetzt bei uns gilt? v. Buddenbrock [3]) meint, daß in Folge der wiederhergeſtellten Verfaſſung Livlands durch Kaiſer Paul im J. 1797 privilegienmäßig dem weiblichen Geſchlecht überhaupt nur mit Zuziehung von Curatoren über ſein Vermögen zu disponiren zuzugeſtehen ſei. Doch ſchwankt er ſelbſt, durch den Zuſatz: „wenigſtens bei gerichtlichen Vorfällen bedürfen ſie eines Curator ad litem," wovon hier aber nicht die Rede iſt. Dagegen an einem andern Orte [4]) bringt er gegen das Provincialrecht neuere Reichsgeſetze in Anwendung; doch wieder zu unbedingt. Es wird ſich nämlich unten ausweiſen, daß durch das hier gemeinte Geſetz vom Jahre 1785 die Geſchlechtstutel und Curatel nur zum Theil, nicht gänzlich, endigte.

3) Die dritte Streitfrage beſteht darin, ob dieſe Auszeichnung des weiblichen Geſchlechts als odium oder als beneficium iuris zu betrachten ſei? Beſonders auch in dieſer Rückſicht müſſen zwei Perioden, vor und nach

---

3) Sammlung der Geſetze ꝛc. Bd. I. S, 67 Anm. f. zum Ritterrecht Cap. 42.

4) Ebendaſ. S. 76, Anm. d zum Ritterrecht Cap. 50, verglichen mit S. 64, Anm. a zum Ritterrecht Cap. 40.

1785, unterſchieden werden. Denn vorher war es allerdings Zwang, und erſt ſeit 1785 bis jetzt iſt es zum Theil bloße Rechtswohlthat, kein odium iuris mehr. Aber ſchon lange vor 1785 ſchwankte auch hier die Praxis, wie das Budberg-Schraderſche Landrecht [5]) beweiſt. Es behandelte nämlich dieſe Tutel und Curatel der Weiber ſelbſt in außergerichtlichen Sachen, irrig als eine ihrer freien Wahl ſchon damals anheimgeſtellte Rechtswohlthat. Die zur Reviſion dieſes Landrechtsentwurfs in St. Petersburg niedergeſetzte Commiſſion ſtrich aber die betreffende Stelle, und änderte ſie mit der Bemerkung: „daß curatores zu haben, dem weiblichen Geſchlechte nothwendig ſei.“ Die letzte in der Praxis ſtreitige Frage iſt:

4) ob es eine bloße cura oder auch tutela perpetua ſei? d. h. beſchränkt ſie die Curandin bloß in der allgemeinen Dispoſition über ihr Vermögen oder auch über ihre Perſon? Gewöhnlich behandelt man ſie nur als Curatel, und mehr iſt ſie in der Regel auch jetzt nicht, aber dennoch war ſie Anfangs eine wirkliche beſtändige Tutel. Gegenwärtig äußert ſich dies indeß nur bei der Verheirathung dieſes Geſchlechts, und, nach derſelben, bei der tutela legitima mariti.

§ 2.

I. Begründung der Geſchlechtstutel.

A. Für den erſten Zeitraum, bis zum Jahre 1785.

Das weibliche Geſchlecht ſtand in Livland unter ei-

5) Buch II. Titel 7 § 6.

ner beſtändigen Curatel und Tutel, und zwar einer wirklichen Zwangstutel der Art, die primär als odium, nur secundär als beneficium iuris zu betrachten war. Dies erweiſen ſowohl unſre angeſtammten, als auch die Schwediſchen Rechtsquellen.

Unſre Stammrechte ſtützen ſich hier auf eine zwiefache Quelle, theils hauptſächlich auf das Germaniſche, theils auf das Eſthländiſche Recht. Das Deutſche, und hauptſächlich das Sächſiſche Recht unterſcheidet eine zwiefache Curatel dieſer Art: cura s. tutela legitima sexus sequioris, als die ältere, heißt danach diejenige Geſchlechtscuratel, bei welcher die Perſon des Curators durch Geſetze oder Herkommen beſtimmt wird. Dahin gehört in neuern Zeiten, nachdem ſich die Altgermaniſchen Begriffe von der Vormundſchaft der nächſten männlichen Agnaten über ihre weiblichen Verwandte immer mehr verloren, hauptſächlich nur noch die tutela legitima mariti. Die Gewalt dieſes ehelichen Vormundes iſt es auch vorzugsweiſe, die ſich jetzt noch ſowohl auf die Perſon als auf das Vermögen ſeiner Curandin erſtreckt. Ohne Vergleich beſchränkter ſind die Rechte des neueren Sächſiſchen [6]) curator dativus. Eine bloße cura dativa iſt nämlich diejenige Geſchlechtscuratel bei der die Perſon des Curators nach eigener Wahl ſeiner

---

6) Der Verf. folgt hier Runde (Deutſches Privatrecht § 632), der jedoch mit Unrecht das Inſtitut der Geſchlechtsvormündſchaft bloß auf Sachſen beſchränkt, da es auch in Süddeutſchen Rechten vorkommt. S. Eichhorn's Einl. in das Deutſche Privatrech t§ 326. Mittermaier's Grundſätze des Deutſchen Privatrechts (5. Ausg. 1838.) § 430, beſ. Anm. 15 u. a.

Die Herausgeber.

Curandin, unter Beſtätigung der Obrigkeit, beſtimmt wird. Ein ſolcher Curator eines Frauenzimmers iſt eigentlich nur ihr Rathgeber, und ſeine Curandin nur zu ihrem eigenen Beſten, nicht abſolut verpflichtet, ſeinem Rath zu folgen. Er hat alſo keine eigentliche potestas, ſo wenig über ihr Vermögen, als noch weniger über ihre Perſon. Dieſe neueren Sächſiſchen Begriffe waren es nun, welche zwar ſchon das Budberg - Schraderſche Landrecht a. a. O. aufnahm, die aber dennoch die St. Petersburgiſche Reviſionscommiſſion damals mit vollem Recht abänderte und emendirte, weil keinesweges dieſem neueren, ſondern dem älteren Sächſiſchen Rechte, beſonders unſere zu jener Zeit noch in dieſer Lehre geltenden Stammrechte folgten. Sie ſprechen daher auch nur von einer legitimen perpetuellen Geſchlechtstutel, nicht nur des Ehemannes, ſondern auch des nächſten männlichen Agnaten, wenn auch nur gelegentlich, denn ſie ſetzen dieſelbe bei ihren Beſtimmungen als bekannt voraus.

Aus dem Livländiſchen Ritterrecht gehören hierher folgende Beweisſtellen:

1) aus dem Sachſenſpiegel geſchöpfte: a) Capitel 41 aus Sſp. B. I. Art. 41. Es ſpricht von Klagen, nicht bloß unverheiratheter Frauenzimmer, ſondern auch der Wittwen gegen ihre Vormünder (nicht bloß Curatoren), und zwar darüber, „dat ſe an erem gude unde an eren ſaken (alſo überhaupt) nicht vörſtentlick ſyn (ihre Curandiunen nicht ſo vertreten haben), als ſe van recht don ſcholden“. Daß die Buddenbrock'ſche Ueberſetzung [7])

7) S. deſſen Sammlung der Geſetze. Bd. I. S. 65.

von zugeordneten Vormündern ſpricht, bringt den hier ganz fremden Begriff von einer bloßen cura dativa herein. b) Cap. 42. Mit Ausſchluß der nicht hierher gehörenden Endworte, die von dem Curator ad litem eines Frauenzimmers handeln, iſt der übrige Inhalt dieſes Capitels aus dem Sachſenſpiegel Bd. I. Art. 45 entlehnt. Auffallend iſt hier zwar, daß gerade der Anfang dieſes Artikels weggelaſſen iſt, wo im Allgemeinen die Rede iſt von der zwangsweiſen tutela legitima, theils des Mannes über ſeine Frau, theils bei Wittwen des nächſten Schwertmagens und zwar der Curandin ſelbſt, nicht ihres verſtorbenen Ehemannes. Doch iſt dagegen die ſpecielle darauf geſtützte Verfügung, die danach folgt, in unſer Ritterrecht hier aufgenommen. Es wird nämlich der unter ehelicher Vormundſchaft ſtehenden Ehefrau weit weniger Mündigkeit hinſichtlich der Diſpoſition über ihr Vermögen beigelegt, als den unter einer Vormundſchaft anderer Art ſtehenden Wittwen und Jungfrauen, es ſei denn ihr Vormund zugleich der nächſte Erbe; alſo nicht als Erbe gerade war ihr nächſter Schwertmagen tutor legitimus derſelben, ſondern als Verwandter. Endlich gehört noch hierher Ritterrecht Cap. 40, geſchöpft aus dem Sſp. B. I. Cap. 42, inſofern es danach bloß beim männlichen, nicht beim weiblichen Geſchlecht beſtimmte Jahre der Mündigkeit gab. Alſo ward das weibliche Geſchlecht damals nie mündig, und ebendaher ſtand es nothwendig unter beſtändiger Tutel.

2) Aus dem Waldemar-Erichſchen Recht geſchöpft iſt Ritterrecht Cap. 49. Es iſt inſofern gleichfalls eine Hauptbeweisſtelle, als hier eine doppelte Vormundſchaft

zweimal, ſowohl zu Anfang als zu Ende des Capitels, unterſchieden wird, indem nämlich von Vormündern der Frauen überhaupt geſprochen wird, im Gegenſatz der Vormünder der Kinder. Wichtig iſt ferner, daß es hier von beiden Arten von Vormündern heißt: „de ſchall ſe unde er gudt vorſtan," alſo wieder nicht bloß cura bonorum.

Unter den angeſtammten Rechtsquellen iſt hier auch noch die „neue Gnade des Erzbiſchofs Sylveſter" vom 6. Februar 1457 § 3 und 4 anzuführen; jedoch nur inſofern, als danach ein Frauenzimmer, ohne Rückſicht auf ihr Alter, ganz beſonders zu ihrer Verheirathung immer des Rathes und der Einwilligung ihrer nächſten Verwandten und Vormünder bedarf. Ein neuer Beweis zugleich, daß es nicht bloß cura ſondern wirkliche tutela perpetua, beſchränkte perſönliche ſowohl- als dingliche Dispoſitionsfreiheit iſt.

Aus dem Schwediſchen Rechte mag hier nur ein zwiefacher Beweis der Geſchlechtstutel als ſolcher angeführt werden: 1) Hinſichtlich der nöthigen verwandtſchaftlichen Conceſſion zur Ehe: die Königl. Schwediſche Kirchenordnung vom 3ten Septbr. 1686 Cap. 15 § 6 ſpricht bei Mannsperſonen, ohne Rückſicht auf ihr Alter, nur von dem nöthigen Eheconſens ihrer Eltern: „aber mit Töchtern und Jungfrauen (d. h. hier, die keine Eltern mehr haben) ſoll es anders, nämlich nach dem Schwediſchen Geſetz und den Privilegien gehalten werden. Dahin gehört nun, was zuförderſt das Geſetzbuch betrifft: Cap. 1 von Eheſachen L.L.: „Will ein Mann um ein Weib (überhaupt) werben, der ſoll ihren Vor-

mund und nächſter Anverwandte daraus antreten.“ Hierauf wird in § 1. die Reihe, wie die Verwandten hier aufeinander folgen, beſtimmt: auf den Vater, wo er fehlt, folgt erſt der älteſte leibliche Bruder, dann der Halbbruder, erſt von der väterlichen, dann von der mütterlichen Seite u. ſ. w., mit der Schlußbemerkung, ein Mann müſſe es ſein, und kein Weib. Nur mit der Mutter Rath, wenn ſie noch lebte. — Was dagegen die angeführten Privilegien betrifft, ſo ſind die des Adels gemeint. Man erſieht ſie aus Nota b. pag. 88. L. L. Sie verpönten ganz beſonders jeden Fall, wo eine adlige Wittwe oder Jungfrau ohne der Angehörigen Conſens heirathet. Außerdem gehört hieher 2) der Grundſatz des Schwediſchen Rechts, daß es bloß für das männliche, nicht auch für das weibliche Geſchlecht, Jahre der Mündigkeit gab, alſo die Geſchlechtstutel nothwendig war. Nota b. pag 163 L. L. Vormünderordnung v. 17. März 1669 § 35 u. 36. Teſtaments-Stadga v. 3. Juli 1683 § 7. Aus allen dieſen Stellen leuchtet hervor, daß Jungfrauen bis zu ihrer Verheirathung die Rechte der Unmündigen genießen, welche ſie auch durch die Ehe nicht verlieren, indem ſie alsdann unter eheliche Vormundſchaft kommen.

§ 3.

B. Zweiter Zeitraum, ſeit 1783.

Zu den Veränderungen, welche die tutela und cura sexus durch das Ruſſiſche Reichsrecht in dieſer Periode erlitt, gehört zunächſt, daß unſere perpetuelle Unmündigkeit des weiblichen Geſchlechts als Grund der beſtändigen Zwangstutel deſſelben, alſo auch zugleich dieſe,

nothwendig mit gehoben ward; ja nicht bloß ſtillſchweigend, ſondern ſogar ausdrücklich, nur nicht in ſpecieller Beziehung auf Livland. Dies geſchah durch den Namentl. Ukas vom 22. Decemb. 1785. Er ſtellte nämlich im § 3 ausdrücklich in Abſicht des darin beſtimmten Alters der Pubertät, der Mündigkeit und Großjährigkeit, und in Rückſicht der damit verbundenen Dispoſitionsfähigkeit beide Geſchlechter einander gleich. Er ward ferner nach dem Prolog durch einen Liv-, Eſth- und Finnland betreffenden Senats-Ukas veranlaßt, und ſoll nach § 4 allgemein, auch namentlich in denjenigen Provinzen überhaupt befolgt worden, die ihre eigenen Provincialrechte haben. Er ward daher auch bei uns ſogleich als ein abſolutes Reichsgeſetz befolgt, nur Anfangs hier und da ſchwankend; und wird endlich mit Recht auch jetzt noch bei uns angewandt, obgleich v. Buddenbrock (wie § 1 bemerkt worden) von Wiederherſtellung der vorigen tutela perpetua sexus durch Wiederherſtellung der frühern Verfaſſung unter Kaiſer Paul ſpricht. Denn dieſer Ukas von 1785 ſtand in gar keiner Cauſal-Verbindung mit der zwei Jahre vorher ſchon (den 29. October 1783) in Livland eingeführten Statthalterſchaftsverfaſſung, und mithin auch nicht mit der Aufhebung der letzteren im Jahre 1796 durch Kaiſer Paul. Und noch weniger hob Paul's deshalb erlaſſener Nam. Ukas vom 28. November 1796 gar alle Ukaſen Catharina's ſeit Eröffnung der hieſigen Statthalterſchaft überhaupt für Livland auf.

Aber dieſer nämliche Ukas vom 22. Decbr. 1785 hatte auch noch eine andere Wirkung: denn er begründete erſt bei uns in dieſer Lehre die Anwendbarkeit ei-

nes anderen früheren Reichsgeſetzes, und beide legitimirten endlich erſt von da an einen hieſigen Gerichtsgebrauch, der früher durchaus geſetzwidrig war, und der vollends die v. Buddenbrock'ſche Oblocution damnirt. Nämlich ſeit der Zeit erſt war es nun nicht mehr als geſetzwidrig zu betrachten, daß unſere Praxis ſchon früher die Begriffe des neueren Sachſenrechts (vergl. § 1 und 2) gegen unſere Stammrechte ſowohl, als gegen das Schwed. Recht, recipirte, und darnach die nur als Rechtswohlthat, nicht als Zwang betrachtete, bloße cura dativa unverehelichter erwachſener Frauenzimmer und Wittwen nach eigener Wahl und Willkür derſelben einführte. Die zwiefache Rechtfertigung dieſer Praxis ſeit 1785 lag nun theils im Ukas vom 22. Decbr. 1785, theils aber auch in den bereits früher bei uns eingeführten, jedoch in dieſem Punkte erſt ſeit 1785 anwendbaren Gouvernements-Verordnungen vom 17. Nov. 1775 § 215 und 299; denn hierin derogirten ihnen zwar nach dem Nam. Ukas vom 3. Juli 1783 unſre Provincialrechte, als Fundamentalrecht, doch nur bis zur Aufhebung der perpetuellen Unmündigkeit des weiblichen Geſchlechts bei uns im Jahre 1785. In der Gvts.-Verordnung a. a. O. wird nun Nr. 11 des § 215 und Nr. 10 und 11 des § 299 ein Unterſchied gemacht zwiſchen Anwälden (kriegeriſchen Vormündern) und gemeinen Curatoren einer Wittwe auch für ihre außergerichtlichen Angelegenheiten. Einen Curator ad litem ſoll danach das Pupillengericht von Amtswegen und unentgeltlich den Wittwen für ihre gerichtlichen Angelegenheiten beilegen; ei-

nen Curator im engern Sinne dagegen nur auf das ausdrückliche Verlangen der Wittwe ſelbſt, und zwar dazu, um ihnen in allen ihren Sachen überhaupt mit Rath und That an die Hand zu gehen. Nur muß er alle Eigenſchaften eines tüchtigen Vormundes haben und aus Standesgleichen gewählt werden; wo nämlich die Wittwe nicht ſelbſt ein Subject dazu willig machen kann, und daher die Wahl dem Gerichte überläßt. So deutet dies wenigſtens die Praxis, die dieſe Rechtswohlthat übrigens auch mündigen Jungfrauen verſtattet, gleich Wittwen, und zwar bis jetzt. Endlich durch die Aufhebung der Statthalterſchaftsverfaſſung im Nam. Ukas vom 18. November 1796 änderte auch dies ſich bei uns nur dahin, daß ſeitdem bloß das erſte, nicht mehr das zweite geſetzliche Fundament zur Rechtfertigung dieſer ſchon als nothwendige Folge des Mündigkeits-Ukaſes von 1785 zu betrachtenden neuen Lehre angeführt werden kann. Denn die Gouvernementsverordnungen gelten bei uns nach Aufhebung der Statthalterſchaftsverfaſſung nur noch inſofern, als ſie das Reſſort der Reichs- und Gouvernements-Regierung, des Cameralhofs und der Renterei oder der Cameralverwaltung überhaupt und des Gouvernements-Procureurs betreffen; nicht im Privatrecht und namentlich nicht in Abſicht der auf vorigen Fuß retablirten Waiſengerichte [8]).

8) N. U. v. 25. Decbr. 1799 u. v. 16. Aug. 1802. §. 18.

§ 4.

II. Beſondere Rechte des weiblichen Geſchlechts rückſichtlich der ohne curatoriſchen Beiſtand celebrirten Rechtsgeſchäfte deſſelben.

Aus § 2 und 3 ergiebt ſich von ſelbſt, daß die Vorſchriften unſerer Provincialrechte überhaupt hier nicht, wenigſtens nur mit großer Vorſicht angewandt werden dürfen, da ſie von der ehemaligen perpetuellen Zwangstutel ausgehen, und die aufgehobene beſtändige Unmündigkeit des weiblichen Geſchlechts vorausſetzen. Dahin gehört beſonders Cap. 49 des RR., indem danach im Allgemeinen die tutela sexus et aetatis einem und demſelben Rechte unterworfen werden: das kann nicht mehr gelten. Auch giebt das Schwediſche Recht ſelbſt zu, daß auf bloße Curatelen, wozu jetzt die ſonſtige Geſchlechtstutel in der Regel gehört, die Vormünder-Ordnung nicht indiſtinct in allen Stücken angewandt werden kann [9]), ohne daß jedoch auch andererſeits weder dort, noch ſonſt ein beſtimmtes beſonderes Recht für Curatelen der Art bei uns vorgeſchrieben iſt, ja es wird dies a. a. O. ſogar fur unthunlich erklärt. — Daher die Schwierigkeiten in dieſer Materie. Doch unterſuchen wir hier bloß, ob und in wiefern außergerichtliche Rechtsgeſchäfte mündiger Frauenzimmer ohne curatoriſchen Beiſtand an ſich gültig ſind, oder nicht, und unterſcheiden Regel und Ausnahmen.

1. Was die Regel betrifft, ſo ſprach zwar zu ſeiner Zeit ganz richtig die Negative aus das Budberg-Schraderſche Landrecht (B. II. T. 7 § 6), und zwar nach der Emendation der St. Petersburger Commiſſion: „Jungfrauen und Wittwen konnten nämlich danach ohne „Rathsfreunde und Curatoren ſo wenig außergerichtlich „als gerichtlich ſich zu etwas verbindlich machen.“ Seit 1785 dagegen iſt gerade umgekehrt die Affirmative, wiewohl nicht unbedingt, ſo doch als Regel anzuſehen. Da jedoch zwar nicht mehr eine legitime und beſtändige Zwangstutel des weiblichen Geſchlechts als odium iuris, aber doch als Rechtswohlthat eine dative Geſchlechts-Curatel auf eigenes Verlangen einer Curandin

9) Not. c. 113 pag. 13 L. L.

ſtattfindet, ſo unterſcheiden wir hier zunächſt die nach eigener Wahl unter keiner Curatel der Art ſtehenden Frauenzimmer. Hier bleibt es bei der Regel. Nach dem Grundſatz beneficia non obtruduntur ſind alſo ihre ohne curatoriſchen Beiſtand vorgenommenen Rechtsgeſchäfte jetzt nicht in der Regel, ſondern nur alsdann für ungultig zu halten, wenn es ein einzelner Fall der Art iſt, wo die Geſetze ausdrücklich die Zuziehung eines Rechtsbeiſtandes, Curators, zwangsweiſe vorſchreiben. Was dagegen die nach eigener Wahl unter dativer Curatel ſtehenden Frauenzimmer betrifft, ſo ſind ſie dennoch gleichfalls nicht wider Willen in jedem einzelnen Falle zur Zuziehung ihres Curators, auch nicht durchaus im Falle der Zuziehung zur Befolgung ſeines Raths verbunden. Handeln alſo ſolche Frauenzimmer in außerordentlichen Geſchäften abſichtlich ohne Zuziehung ihres dativen Curators, oder auch gegen ſeinen Rath, ſo findet ihrerſeits kein Einwand der Ungültigkeit gegen ein ſolches Rechtsgeſchäft ſtatt, außer in dem Falle, wenn die Curandin durch Schuld des anderen Intereſſenten, durch Liſt, Uebereilung oder ſonſt dahin vermocht ward, das in Frage ſtehende Rechtsgeſchäft ohne Aſſiſtenz ihres, beſonders gerichtlich ihr beigelegten Curators oder auch wider ſeinen Rath vorzunehmen. Alle dieſe die Regel jetzt bildenden Grundſätze beruhen jetzt zwar nicht mehr auf der Gouvernements-Verordnung § 215 Nr. 11 und § 299 Nr. 11, und daß dort einer Wittwe nur auf ihr Verlangen auch bloß als Rathsfreund ein ſolcher Curator beigelegt werden ſoll, — aber doch noch auf dem Ukas v. 22. Decbr. 1785, als wonach majorenne Frauenzimmer eben ſo gut als Mannsperſonen das uneingeſchränkte Recht haben, über ihr Vermögen ſelbſt zu disponiren, ſogar durch Veräußerung von Immobilien. Die danach in dem Budberg-Schraderſchen Landrecht zu ändernden Stellen findet man theils in dem vorherangeführten § 6 Tit. 7 B. II. theils in B. II. Tit. 16 § 2 in f., wonach ohne Aſſiſtenz des beigelegten Curators, deſſen Curandin gar keine bündige Handlungen zu unternehmen vermag.

2. Von Hauptausnahmem giebt es zwei Claſſen:

a) erſte Claſſe, wo die Unmündigkeit und Ge-

ſchlechtscuratel der Weiber ſebſt als Rechtswohlthat ceſſirt, wo ſie alſo überhaupt keine beſondern Rechte in dieſer Hinſicht genießen.

α) Inſofern ein Frauenzimmer durch ein Rechtsgeſchäft nicht ſelbſt verbunden werden ſoll, ſondern nur Andere verbindlich macht, bedarf es zur Gültigkeit deſſelben ſelbſt nach unſerem ältern Rechte nie eines curatoriſchen Beiſtandes derſelben. Auf dieſen gemeinrechtlichen Grundſatz [10]), der auch bei uns gilt, deutet ſehr richtig hin das Budberg'-Schraderſche Landrecht B. II. T. 7. § 6.

β) In negotiis quoad victum et amictum valide agant mulieres sine curatore [11]). Unſer RR. Cap. 42 deutet auf eine ähnliche Ausnahme, indem es von der Leibzucht der Weiber ſpricht; geſchöpft iſt es aus dem Sachſenſp. B. I. Art. 45. Jungfern und Wittwen können nämlich darnach über ihre Leibzucht ſelbſt durch Veräußerung gültig disponiren, auch ohne ihres Vormundes Einwilligung, er ſei denn Erbe dazu. Nur Frauen bedürfen unbedingt dazu der Einwilligung ihrer Männer.

γ) Die dritte Ausnahme bilden alle Frauenzimmer, die auf eigene Rechnung und gegen Entrichtung eigener Abgaben dafür bürgerliche Nahrung treiben. Beſonders gehören dahin die ſogenannten Kauf- oder Handelsfrauen [12]). Nach der Ruſſiſchen Stadtordnung vom Jahre 1785 § 64, 91, 92 ꝛc. kann auch ein Frauenzimmer durch Entrichtung einer Capitalſteuer Genoſſin einer Kaufmannsgilde werden, und genießt alsdann völlige Handels- und Gildefreiheit. Sowohl Ehefrauen, wenn ſie allein, oder wenn auch beide Ehegatten ſeparate Abgaben bezahlen [13]), als auch andere Frauenzimmer überhaupt [14]) können ſich für ihre Perſon auf ſolche Weiſe die Handelsfreiheit verſchaffen. Beſonders ſeit dem Manifeſt v. 1. Januar 1807 § 4 muß eine Kaufmannsfrau, wenn ſie Handelsgenoſſin ihres Mannes, Sohnes, Schwieger-

---

10) Dabelow's Handbuch des gemeinen Deutſchen Rechts § 407.
11) Ebendaſelbſt.
12) Rig. Stadtrecht B. III. Tit. 6. § 5.
13) Stadtordn § 91.
14) Ebendaſelbſt § 64, 92.

ſohnes ꝛc. werden will, ſich ſeperat mit in die Gilde einſchreiben laſſen, und Capitalſteuer bezahlen; denn von jedem Handelsgenoſſen beſonders wird dies ſeitdem gefordert. Ausgenommen ſind namentlich nur Vater und Sohn, Großvater und Enkel und leibliche Brüder, als ſolche, die gegen einfache Capitalſteuer in Compagnie Handel treiben können. Der Begriff, den das Rig. StR. a. a. O. von einer Kauffrau angiebt, iſt beſonders nach unſerer jetzigen Verfaſſung theils zu weit, theils zu eng: „die offene Lade und Gewicht, auch Elle und Maaß gebrauchet, und Waare feil bietet, erhandelt und kauft.“ Auch iſt hier hauptſächlich nur von ſolchen Ehefrauen und von einer Ausnahme von der Regel die Rede: „daß ſonſt die Frauen keine Schulden ohne Wiſſen ihrer Ehemänner machen dürfen.“ Was nämlich eine Kauffrau, als ſolche, einkauft, iſt ausnahmsweiſe gültig, und verpflichtet ſie nicht nur ſelbſt, ſondern auch ihren Mann. — Das gemeine Deutſche Recht dagegen, zu dem wir hier aushulflich recurriren, beſtimmt folgenden Begriff: Eine Kauffrau iſt diejenige, die entweder allein auf eigenen Gewinn und Verluſt Handel treibt, oder mit dem Manne, oder anderen Compagnons der Handlung wegen eine beſondere Geſellſchaft dergeſtalt eingegangen iſt, daß ſie an Gewinn und Verluſt Theil nimmt, und deshalb auch ſeparate Abgaben für dieſe Freiheit bezahlt. Nach dem gemeinen Deutſchen Recht ſteht einer Kauffrau, als ſolcher, im Handel und Wandel zur Sicherheit deſſelben überhaupt gar keine derjenigen weiblichen Rechtswohlthaten zu, die ſonſt in bürgerlichen Rechtsgeſchäften der Schwäche dieſes Geſchlechts und der dadurch motivirten Unmündigkeit deſſelben zugeſtanden werden zum Schutz gegen Uebervortheilung. — Sie kann daher nicht nur in ihren Handelsgeſchäften auf keinen Mangel curatoriſchen Beiſtandes provociren, ſondern eben ſo wenig kommt ihr bei ihren Interceſſionen das Senatusconsultum Velleianum und die Auth. si qua mulier zu Statten ꝛc. Ob dies nicht ſogar auf alle Rechtsgeſchäfte

14) Vergl. hierüber die Beſtimmungen des neueren Rechts in dem Swod der Handelsgeſetze (Bd. XI.) Art. 13 — 51, und F. G. v. Bunge Darſtellung des Ruß. Handelsrechts § 42 — 45 und S. 236 fg.

einer ſolchen Kauffrau, auch außer ihrem Handel auszudehnen ſei, iſt zwar ſtreitig; jedoch hat die Negative Alles für ſich, die Affirmative dagegen vernichtet alle Conſequenz.

b) Zweite Claſſe von Ausnahmen, wo dagegen eine Zwangstutel und Curatel des weiblichen Geſchlechts als odium iuris ausnahmsweiſe noch jetzt bei uns ſtattfindet. Dieſe Ausnahmen gehören ſämmtlich nicht hierher, ſondern in das Eherecht. Sie ſind theils ſubjectiv, theils objectiv. Zu den ſubjectiven Ausnahmen gehören: daß Ehefrauen, nach wie vor, während der Ehe unter der legitimen Tutel und Curatel ihrer Ehemänner ſtehen [15], desgleichen daß beerbte Wittwen, als Beſchränkung ihrer tutela legitima über ihre Kinder, deren Verwandte beſonders von väterlicher Seite mit zuzuziehen haben [16]. Zu den objectiven Ausnahmen endlich gehört (doch ſtreitig ſeit 1785), daß ſelbſt mündige Frauenzimmer zu ihrer Verheirathung noch immer des Eheconſenſes nicht nur ihrer Eltern, wenn dieſe noch leben, ſondern auch, ſind ſie elternlos, ihrer nächſten männlichen Agnaten bedürfen [17].

§ 5.

III. Beſondere weibliche Rechte in Rückſicht der mit curatoriſchem Beiſtande celebrirten Rechtsgeſchäfte.

Sie betreffen vorzüglich den Fall, wenn, ohnerachtet des curatoriſchen Beiſtandes, dennoch zum rechtswidrigen Nachtheil der unmündigen Curandin ein Rechtsgeſchäft geſchloſſen ward. Iſt es gültig oder nicht? frägt ſich's hier; und an wen hält ſich die Verletzte?

In der Regel iſt das Rechtsgeſchäft ſelbſt deshalb

---

15) RR. Cap. 42.

16) Schwediſche Vorm. Ordn. § 6. Hierher gehört beſonders auch die darauf geſtützte Vorſchrift der Publication der Livländ. Gouv.-Reg. v. 21. Febr. 1790 wegen der sub poena nullitatis erforderlichen curatoriſchen Mitunterſchrift unter allen ſolchen Inſtrumenten einer beerbten Wittwe, worin ſie etwas vom Hauptſtuhl des Nachlaſſes ihres verſtorbenen Mannes veräußert.

17) Schwed. Kirchenordn. Cap. 15 § 6, vergl. mit Cap. 1 von Eheſachen L. L.

nicht ungültig, und die Verletzte hält ſich wegen des erlittenen Schadens bloß an ihren Curator [18]).

Ausnahmsweiſe iſt das ganze Rechtsgeſchäft ungültig, wenn ohne Einwilligung der Curandin ihre Immobilien durch den Curator ganz oder theilweiſe veräußert, oder auch nur verpfändet werden. Zwar ſpricht auch hier nur unſer älteres Recht, aber daher noch jetzt anwendbar, weil es die Geſchlechts-Curatel hier bloß aus dem Geſichtspunkt der Rechtswohlthat, nicht als odium iuris behandelt. Die Beweisſtelle iſt R.R. Cap. 50. Theils muß nämlich das, was hier von Curatoren derjenigen, die zu ihren Jahren gekommen ſind, jetzt auch auf das weibliche Geſchlecht bezogen werden, ſeitdem es hierin mit dem männlichen Geſchlecht gleiche Rechte ge-

---

18) RR. Cap. 32. vergl. mit Cap. 49. Damit ſtimmt auch überein das Budd. Schrad. L. R. B. II. T. 16. § 3, zwar nur in Beziehung auf RR. Cap. 49, welches aber daher nothwendig mit Cap. 32 verbunden werden muß, weil Cap. 49 theils ſowohl von der tutela aetatis als sexus überhaupt ſpricht, theils für ſich allein die eigentliche Hauptfrage hier unentſchieden läßt. Denn ob das Rechtsgeſchäft vernichtet, oder bloß der dadurch Verletzte von ſeinem Curator oder Vormund entſchädigt werden ſoll, beſtimmt dieſes Capitelz nicht, ſondern bloß ſo viel ſagt es, daß in beiden Fällen der Curande an ſeinem Vermögen weder durch die Omiſſionen noch Commiſſionen ſeines Vormunds ſoll benachtheiligt werden können, ſelbſt wenn von einer gerichtlichen Verhandlung die Rede iſt: „Ein vormüuder mach noch frouwen, noch kinder gudt vor gerichte vorspreken, noch versümen.“ — Dagegen ſpricht das damit zu verbindende Cap. 32 theils bloß von der cura sexus, theils ſagt es ſehr beſtimmt, daß ſich Frauenzimmer bloß an denjenigen halten ſollen, der ihr Recht verſäumt hat: „se schuldige darum den, der se versümet heft,“ mit der hinzugefügten Ermahnung, daß ſo wenig Frauenzimmer, den anderen Intereſſenten, als dieſe jenen Unrecht thun, ſondern beide ſich an ihrem Recht genügen laſſen ſollten. Wegen der bei dieſem Cap. 32 nothwendigen zweifachen Emendationen ſ. v. Buddenbrock's Bemerkungen zu demſelben. Der Sinn iſt aber auch ohnedies klar, was ein Glück iſt, weil dies Capitel zu den wenigen gehört, die weder aus dem Sachſenſpiegel noch dem älteſten RR. geſchöpft ſind. Es bleibt hier alſo nichts anders übrig, als die Berichtigung des Textes nach dem umgearbeiteten RR. B. I. Cap. 5. †)

†) Ueber die Quelle dieſes Cap. des RR. vergleiche F. G. v. Bunge über den Sachſenſpiegel, als Quelle des Livl. Ritterrechts (Riga, 1827. 8.) S. 95 fgg., beſonders S. 106 fgg.

nießt, theils ſteht auch ohnedies das Cap. 50 in unmittelbarem Zuſammenhange mit dem Cap. 49, welches die cura aetatis et sexus ausdrücklich einerlei Recht unterwirft und von beiden ſpricht [19].

Das Reſultat aller dieſer Regeln und Exceptionen iſt, daß die Geſchlechts-Curatel, ſo wie es jetzt mit ihr, auch bei uns, ſteht, etwas ſehr Entbehrliches, und häufig nur eine Quelle der Chicane, alſo entweder ganz abzuſchaffen, oder weniger lax zu behandeln iſt.

---

19) Daß v. Buddenbrock im Cap. 50 vorstiften lieſt (zu frommen Stiftungen veräußern), ſtatt vorschichten (theilweiſe veräußern), iſt keine nothwendige, zum Sinn erforderliche, alſo ſchon daher eine verwerfliche Emendation. Auch der angegebene Grund, weil es in der Quelle dieſes Cap., im älteſten RR. A. 14, ſo laute, reicht theils nicht hin, denn des letztern Quelle, das Waldemar-Erichſche Recht lieſt nicht vorstiften ſondern vorschichten, wie das mittlere gedruckte RR., welches häufig das älteſte RR. nach dem Waldemar-Erichſchen Rechte verändert aufnahm, theils iſt auch das vorstiften im Buddenbrock'ſchen Exemplar des älteſten RR. wahrſcheinlich nur ein Schreibfehler ſtatt vorschichten, denn die von Schwartz angeſtellte Vergleichung beider Rechte mit dem Waldemar-Erichſchen Recht in Hupel's neuen nord. Miscellan. St. 5 und 6 S. 281 beſtätigt dieſe Emendation mit nichten, indem daſelbſt beim Art. 14 des älteſten Rechts zwar eine andere Abweichung des Waldemar-Erichſchen Rechts bemerkt iſt, aber nicht dieſe; auch findet ſich ebendaſelbſt S. 188. Art. 14 nicht in dem Verzeichniß derjenigen Stellen des älteſten Ritterrechts, die im gedruckten nach dem Waldemar-Erichſchen Recht verändert und verbeſſert ſind.

VII.

Das Römiſche Recht in dem Eſthländiſchen Ritter= und Landrecht.

In keinem andern Theile des Privatrechts hat in unſern Oſtſeeprovinzen das Römiſche Recht ſo überwiegenden Eingang gefunden, als im Obligationenrecht. Es iſt nicht dieſes Ortes die Gründe dieſer Erſcheinung, näher darzulegen. Beſonderes Intereſſe gewährt es, zu verfolgen, in welcher Weiſe das Römiſche Recht bei Abfaſſung einzelner Sammlungen unſerer provincialrechtlichen Quellen benutzt, und nicht ſelten durch Mißdeutungen die Veranlaſſung zu ganz eigenthümlichen Rechtsverhältniſſen und Rechtsnormen geworden iſt. Derartige Unterſuchungen dürften ſelbſt nicht ohne practiſche Wichtigkeit ſein, indem nur auf dieſem Wege ein einigermaßen ſicheres Princip für die Anwendung von Rechtsſätzen, die bei der Miſchung von Wahrheit und Irrthum der inneren Conſequenz entbehren, gewonnen werden kann. Inſofern glaubt der Verfaſſer der nachſtehenden Abhandlung dieſelbe den Zwecken der „theoretiſch practiſchen Erörterungen" nicht unangemeſſen. Er gedenkt das Eſthländiſche Ritter= und Landrecht, das ihm beſonders nahe ſteht, und zwar zunächſt das von Contracten, Beſitz, Eigenthum, Gewähr und Verjährung handelnde 4te Buch deſſelben, einer fortlaufenden Prufung zu unterwerfen, in wiefern darin Sätze des Römiſchen Rechts mit eigenthümlicher Deutung und Vermiſchung fremder Rechtsprincipien, aufgenommen ſind.

Digitized by Google

I.

Ueber das Senatusconsultum Macedonianum.

Nachdem im Titel 1 des vierten Buches die allgemeinen Lehren von Verträgen überhaupt, ſo wie vom Compromiß, abgehandelt ſind, die für unſern Zweck wenig Bemerkenswerthes bieten, heißt es im Titel 2, vom Entlehnen und Leihen oder Borgen, zu Latein mutuum genannt, im

> Art. 2. Einem Minderjährigen, oder der noch unter Vormünder Gewalt iſt, ſoll man nicht leihen, oder es verlieret einer, was er geliehen hat; es würde denn bewieſen, das es in des Minderjährigen oder deſſen Vaters ſcheinbaren Nutzen gewendet worden; oder daß der Vater oder Vormünder davon gewußt, daſſelbe aber nicht widerſprochen, oder daß es auf ihren Befehl geſchehen wäre.

Offenbar liegt die Beſtimmung des Sct. Macedonianum dieſem Artikel zum Grunde. Selbſt wenn der Inhalt deſſelben einen Zweifel übrig laſſen könnte, würden doch die dem Artikel unterſtellten Citate, die ſämmtlich aus dem Digeſten- und Codextitel ad Sct. Macedonianum entlehnt ſind, jedes noch ſo gewichtige Bedenken niederſchlagen. Auffallend iſt nun zunächſt die Anwendung des erwähnten Senatsbeſchluſſes auf Minderjährige, während das Römiſche Recht nur von filii familias, ohne Rückſicht auf ihr Alter, ſpricht.

Man könnte erſtens, an eine Verwechſelung beider Begriffe denken, und zur Entſchuldigung dafür ließe ſich etwa anführen, daß, nach den in der früheren gemeinrechtlichen Praxis herrſchenden Anſichten, die ohnehin durch das Deutſche Recht modificirte Strenge der Römiſchen patria potestas, mit eingetretener Volljährigkeit des Kindes weggefallen, und ſomit die Begriffe filiusfamilias und Minderjähriger ſich mehr identificirten. Daß insbeſondere unſer R. R. in der vorliegenden Stelle beide Worte für gleichbedeutend genommen, dafür könnte der Umſtand zu ſprechen ſcheinen, daß zu dem Worte „Minderjährigen" in der Note 4 Stellen des Römiſchen Rechts [1]) citirt werden, in denen von dem Gültigwerden des Darlehns die

1) Nämlich L 7 § 13 D., L. 5 C. ad Sct. Macedon. (14,6).

Rede iſt, wenn der filiusfamilias das Geld zu ſeinem Unterhalte aufgenommen hat. Von dieſem Stundpunkte aus, wurden die Anfangsworte des Art 2: „einem Minderjährigen oder der noch unter Vormünder Gewalt iſt" als eine jener in dem R. R. ſo häufig wiederkehrenden Tautologieen zu betrachten ſein.

Vielleicht könnte man aber auch zweitens meinen, es ſollte damit auf die Verſchiedenheit der Altersſtufen eines Minderjährigen hingedeutet, und mit dem Erſteren der Minderjährige i. e. S., im Gegenſatz zu den noch unter eigentlicher Tutel ſtehenden Unmündigen, bezeichnet werden. Dieſer Erklärung aber würde hauptſächlich der Umſtand entgegenſtehen, daß unſer RR, ohne ſpeciell zwiſchen den Jahren der Unmündigkeit und Minderjährigkeit zu unterſcheiden, überhaupt nur von „Unmündigen, ſo unter zwanzig-Jahr ſind" redet. [2])

Es iſt aber auch drittens möglich, ja in mancher Hinſicht wahrſcheinlicher, daß unſer RR. nur eine Ausdehnung des Sct. Macedonianum auf vaterloſe Minderjährige bezweckt hat. Denn daß es die Ertheilung eines Darlehns an einen filiusfamilias und einen Minderjährigen, als zwei an ſich verſchiedene Fälle betrachtet habe, ſcheint aus den Endworten des Art. 2. hervorzugehen, wonach das Darlehn Giltigkeit erhalten ſoll, „wenn der Vater oder Vormünder darum gewußt, aber nicht widerſprochen haben". Hält man dieſen Geſichtspunkt feſt, ſo möchte man faſt auf den Gedanken kommen, daß es in den Anfangsworten unſers Art. 2. habe heißen ſollen: „einem Minderjährigen oder der noch unter väterlicher Gewalt iſt". Ja zur Unterſtützung deſſen könnte man ſich auf die gleich darauf folgenden Worte: „es würde denn bewieſen, daß es in des Minderjährigen, oder deſſen Vaters ſcheinbaren Nutzen gewendet worden" berufen.

Endlich aber laſſen die beregten Anfangsworte unſers Artikels noch eine vierte Auslegung zu. Nach Deutſchem Recht wird die väterliche Gewalt mehr in dem Sinne eines vormundſchaftlichen Verhältniſſes (Mundium) aufgefaßt, daher den Eltern an dem Sondergut der Kinder im Allgemeinen nur vormundſchaftliche Rechte zugeſprochen wer-

2) Ehſtländ. Ritter- und Landrecht B. II. Tit. 7. Art. 3.

den [3]). Dieſe erlöſchen, ſelbſt bei Lebzeiten der Eltern, ſobald die Kinder großjährig geworden ſind. Indem nun unſer Ritterrecht die Beſtimmungen des Sctum Macedonianum recipirte, beſchränkte es in Folge der über die Dauer und den Einfluß der väterlichen Gewalt herrſchenden Vorſtellungen, einerſeits deſſen Anwendbarkeit auf *minderjährige* Hausſöhne, und dehnte es andrerſeits auch auf ſolche Minderjährige aus, die nach des Vaters Tode unter Vormundſchaft ſtehen. Vielleicht daß man auch den eigentlichen Grund des Sctum verkannte, und dieſen irrthümlich in der Unmündigkeit des Schuldners ſuchte. Nach dieſer Anſicht würden die Anfangsworte unſers Artikels dahin zu erklären ſein: einem Minderjährigen, ſei es daß er noch unter väterlicher oder vormundſchaftlicher Gewalt iſt, ſoll man nicht leihen.

Welche unter dieſen Erklärungen der Anfangsworte des Art. 2. auch die richtige ſein mag: immerhin bleibt ſoviel gewiß, daß unſer Ritterrecht den urſprünglichen Geſichtspunkt des Sctum Macedonianum verrückt, und deſſen Beſtimmungen auf die von Minderjährigen contrahirten Geldſchulden angewendet hat. Zugleich aber hat es die Wirkungen des Sct. Macedon. geſchärft. Denn während dieſes dem Gläubiger nur das Klagerecht entzieht, dabei aber die Fortdauer einer obligatio naturalis für den filiusfam. anerkennt, ſo daß z. B. das bereits bezahlte Geld nicht mehr zurückgefordert werden kann [4]), ſagt unſer Ritterrecht dagegen, der Gläubiger ſolle "verlieren was er geliehen hat", und erklärt mithin die obligatio ſelbſt fur eine inanis.

Erwägen wir nun zuförderſt die ausdrücklichen Abänderungen, die das Röm. Recht in dem Art. 2. unſers RR. durch Einmiſchung der Minderjährigen erlitten hat. Sie beſtehen der Hauptſache nach in folgenden:

1. Darlehne, von einem Minderjährigen aufgenommen, ſind nach der L. 2. C. si adversus creditorem (2, 38) an ſich zwar gültig, aber es kann der minor in

---

3) Vergl. v. Bunge das Liv- u. Eſthländiſche Privatrecht B. IV. Tit. 3. § 297.

4) L. 9 § 4 u. 5, L. 10. D. ad Sct. Macedonianum (14, 6.). L. 40 pr. D. de condictione indebiti (12, 6).

integrum restitutio dagegen nachſuchen, vorausgeſetzt, daß nicht das empfangene Geld zu ſeinem Nutzen verwendet worden iſt.[5]) Nach unſerm RR. bedarf es der in integrum restitutio nicht, das Darlehn iſt an und für ſich ungültig, wenn nicht Verwendung deſſelben in des Minderjährigen Nutzen nachgewieſen werden kann.

2. Das Röm. Recht gewährt dem Minderjährigen in integrum restituo ſelbſt gegen ſolche Geſchäfte, alſo alſo auch gegen ſolche Darlehne, welche mit Wiſſen und Genehmigung des Vormundes abgeſchloſſen worden ſind. Dagegen iſt nach unſerm RR. das Darlehn verbindlich, ſobald nur der Vormund um daſſelbe gewußt und nicht ausdrücklich widerſprochen hat. Zwar könnte man darüber ſtreiten, ob in dieſem letzteren Falle dem Minderjährigen, zwar nicht nach Art 2, aber doch nach gemeinem Recht das beneficium in integrum restitutionis zuſtehe, allein indem unſer RR. den Minderjährigen hierin dem filiusfam. gleichſetzt, ja ſich ausdrücklich auf L. 5. C. und L. 16 C. ad Sct. Macedon. beruft, ſcheint daſſelbe richtiger die Anfechtbarkeit der mit Wiſſen des Vormundes abgeſchloſſenen Darlehne des Minderjährigen überhaupt geſchloſſen zu haben.

3. Trit man der letzten der obigen Erklärungen über den Umfang der Anwendbarkeit unſers Art. 2 bei, ſo iſt die Vorſchrift des Sct. Macedonianum ſelbſt auf filii fam. unanwendbar, ſo fern ſie zur Zeit des eingegangenen Darlehns noch minderjährig geweſen ſind [6]).

(Die Fortſetzung künftig.)

---

5) L. 2. C. si adversus creditorem (2, 38): si ut allegas minor annis pecuniam foenori accepisti, nec ea in rem tuam versa est adversus cautionem, per quam eo nomine te obligasti, in integrum restitutionis auxilium potes solemniter postulare.

6) Dieſer Anſicht iſt z. B. v. Bunge, das Liv- u. Eſthländiſche Privatrecht a. a. O.

VIII.

Ueber die legitimatio per subsequens matrimonium. *)

Von dem Herrn Oberhofgerichtsadvocaten C. Neumann in Mitau.

Das Ruſſiſche Recht kennt die Legitimation gleich der Adoption lediglich als einen Act der landesherrlichen Gnade, welche im Allgemeinen nur wegen beſonderer Verdienſte des Vaters um den Staat nachgeſucht werden kann. Die nachfolgende Ehe mit der früheren Concubine war nur in ſo fern begünſtiget, als ſie zur Bitte um Legitimation der vorher erzeugten Kinder auch ohne

---

*) Wiewohl dieſer Aufſatz ſich ſpeciell mit dem Kurländiſchen Rechte beſchäftiget, ſo bezieht er ſich doch in ſo fern auch auf das der anderen beiden Oſtſeeprovinzen, als das Verhältniß des gemeinen Rechts zum Ruſſiſchen dort wie hier daſſelbe iſt.

beſondere Verdienſte um den Staat berechtigte, jedoch iſt durch den Allerhöchſten Ukas vom 2. Januar 1829 ausgeſprochen, daß Bittſchriften wegen Adoption ungeſetzlich geborener Zöglinge ſowohl als wegen Anerkennung der außer der Ehe erzeugten Kinder unberückſichtiget bleiben ſollen. Seitdem iſt die ſchon früher ziemlich häufig angenommene Meinung, daß die legitimatio per subsequens matrimonium auch in den Oſtſeeprovinzen nicht mehr ſtatthaft ſei, noch allgemeiner geworden, wiewohl mit Unrecht; denn es iſt einer der durchgreifendſten Grundſätze unſeres Provincialrechts, daß das Ruſſiſche allgemeine Reichsrecht nur dann bei uns Anwendung finde, wenn eine ſolche Anwendung für die privilegirten Provinzen von Kaiſerlicher Majeſtät ausdrücklich befohlen worden. Eine große Menge Allerhöchſter und Senats-Ukaſen erkennen dieſen Grundſatz ausdrücklich an, er liegt ohnehin ſchon von ſelbſt in der Exiſtenz eines beſonderen, durch alle unſere Monarchen ſeit der Unterwerfung unter den Ruſſiſchen Scepter ſanctionirten Rechts, und es braucht daher kaum beiläufig angeführt zu werden, daß auch der Swod der Ruſſiſchen Reichsgeſetze die Anwendung des allgemeinen Ruſſiſchen Rechts auf die beſondere Privilegien genießenden Provinzen ausſchließt. Zwar könnte man in Bezug auf den hier vorliegenden Gegenſtand die Statthaftigkeit der Legitimation in privatrechtlicher Hinſicht, rückſichtlich der Erbfähigkeit und dgl. zugeben, und dennoch ſie in Beziehung auf die Standesverhältniſſe beſtreiten: allein — abgeſehen davon, daß alsdann wenigſtens in privatrechtlicher

Beziehung die Erörterung der Wirkungen einer nachfolgenden Ehe auf die vorher geborenen Kinder von practiſchem Intereſſe iſt, — ſo läßt ſich dabei einwenden, daß die Standesverhältniſſe hier zu ſehr mit den privatrechtlichen Grundſätzen zuſammenhängen, und daß die Oſtſeeprovinzen unzweifelhaft auch in Beziehung auf die Standesverhältniſſe beſondere, mit dem Reichsrechte nicht übereinſtimmende und dennoch in anerkannter Wirkſamkeit beſtehende Privilegien haben, wie z. B. bei der Documentirung des Adels, ſo wie des Baronstitels, ferner rückſichtlich des Indigenatsrechtes, endlich hinſichtlich des ganzen Bauerſtandes. Für die eben ausgeſprochene Anſicht giebt namentlich die Kurländiſche Bauerverordnung einen ſehr ſchlagenden Beweis, denn nicht blos heißt es im § 110: „vor der Ehe geborene, aber durch die ſpäter erfolgte Ehe legitimirte Kinder erben mit den übrigen zu gleichen Theilen“ (rein privatrechtliche Beſtimmung) ſondern auch im § 73: „Kinder, die von einer Kurländiſchen Bäuerin außer der Ehe geboren werden, folgen dem Stande ihrer Mutter, und treten in die Zahl der Kurländiſchen Bauern. Ehelicht der Vater die Mutter, ſo erhalten die Kinder dadurch die Rechte ehelich geborener Kinder und folgen dem Stande des Vaters“. Hier wird alſo ausdrücklich von den Standesrechten geſprochen, und es liegt, — obgleich die Bauerverordnung ein Privilegium iſt und nach der Regel daher nicht auf andere Stände ausgedehnt werden kann, — durchaus kein Grund vor, warum das, gleich-

falls als ius singulare zu betrachtende, den anderen Ständen abweichend vom Reichsrechte zu Gute kommende Provincial- und gemeine Deutſche Recht gerade in dieſer Materie hintenangeſetzt werden ſoll, zumal wenn man erwägt, daß die Bauerverordnung meiſtentheils das beſte Zeugniß von der überhaupt in der Provinz herrſchenden Rechtsanſicht giebt, welche bei Abfaſſung der Bauerverordnung nur als lex scripta und ohne andere als die aus den beſonderen bäuerlichen Verhältniſſen hervorgehenden Abänderungen redigirt werden ſollte, in der hier in Rede ſtehenden Materie aber ganz mit dem gemeinen Deutſchen und Kurländiſchen Provincial-Rechte übereinſtimmt. Daher hat denn auch dieſes letzterwähnte Recht durch den Ukas vom 2. Januar 1829 keine Aenderung erlitten, eben weil das Römiſche und Canoniſche Recht durch das subsequens matrimonium die vorher geborenen Kinder eo ipso und ohne daß es eines rescriptum principis bedarf, für legitimirt erkennt, mithin das Verbot des Anſuchens um landesherrliche Legitimation nichts relevirt, ſobald es überhaupt eines ſolchen Anſuchens gar nicht bedarf.

Nichtsdeſtoweniger iſt die Wirkung der legitimatio per subsequens matrimonium im gemeinen Deutſchen Rechte nicht durchweg gleich, und es wird daher in Berückſichtigung deſſen, daß das Provincialrecht keine abweichenden Beſtimmungen, die dem gemeinen Rechte derogiren würden, enthält, von Intereſſe ſein, in eine nähere Erörterung der Frage einzugehen, ob die per subsequens matrimonium legitimati in allen,

ſelbſt privatrechtlichen Beziehungen den in geſetzlicher Ehe Geborenen gleich ſtehen.

Dieſe Frage hängt ſehr genau mit derjenigen über das Verhältniß des Römiſchen und Canoniſchen zum Deutſchen Rechte zuſammen. Die große, hier ſelbſt bei berühmten Rechtslehrern herrſchende Verwirrung, hat ihren Grund freilich in der Art wie das Römiſche Recht ſich durch Gewohnheit, Praxis der Gerichte und Autorität der Doctoren einführte, bis es in den meiſten Materien die Deutſchen Rechtsanſichten verdrängte, ja bis es ſogar ſelbſt auf rein Deutſche Inſtitute in ziemlich ungeſchickter Art ausgedehnt wurde, wie denn nicht zu leugnen iſt, daß unerachtet der großen Vorſicht, die man bei Anwendung Römiſcher Begriffe auf Deutſche Inſtitute beobachten muß und immer mehr beobachtet, dennoch dieſe letzteren nicht ganz rein ſich erhalten haben und Manches auch in ihnen als anerkannte und unbeſtrittbare Praxis gilt, was genau genommen aus einem Verſchmelzen Römiſchen, Canoniſchen und Deutſchen Rechts, häufig auch des Longobardiſchen Lehnrechts erwachſen iſt. So zeichnen ſich beſonders die älteren, oft ſehr angeſehenen Rechtslehrer durch ein ſolches Untereinanderwerfen aus, und namentlich excellirt das berühmte Kripſchildtſche Werk de fideicommissis hierin im Allgemeinen wie bei der, im achten Kapitel behandelten Lehre von der Erbfolge der legitimirten Kinder, woher denn auch Kripſchildt die Frage hinſichtlich der per subsequens matrimonium Legitimirten und deren Erbfähig-

keit in Familienfideicommiſſen auf den Grund des Römiſchen Rechts bejaht.

Es ſind aber, bei mancher ſcheinbaren Aehnlichkeit und bei der jetzt nicht durchweg mehr möglichen gänzlichen Abweiſung der Römiſchen Theorie, die Römiſchen Fideicommiſſe von den Deutſchen, ſpäter nach jenen benannten, doch aus ganz anderer Wurzel erwachſenen Inſtituten weſentlich verſchieden. So wie in Deutſchland Fideicommiſſe durch beſondere Stiftungen entſtanden, um unter einem den Juriſten geläufigen Namen neben der Verhütung der Veräußerung die Ausſchließung des weiblichen Geſchlechts von der Erbfolge in Stammgüter und gewiſſermaßen mit Umgehung des, ſich immer mehr gegen das Deutſche geltend machenden Römiſchen Rechts, die Aufrechthaltung der alten Gewohnheit zum Glanze adlicher Familien herbeizuführen: ſo iſt in den Oſtſeeprovinzen das Familienfideicommiß aus dem Rechte der geſammten Hand im Lehen erwachſen, (wie ſich unſchwer aus den unſerer ganzen Rechtsverfaſſung zum Grunde liegenden Staatsverträgen von 1561 und aus den älteren einheimiſchen Rechtsquellen nachweiſen läßt,) und hat ſich in neuerer Zeit immer mehr nach den Deutſchen Begriffen und durch Deutſche Rechtslehrer ausgebildet. Da aber die Römiſche und Canoniſche Theorie von der Legitimation durch nachfolgende Ehe überhaupt nur ſchwer, und erſt im 16ten Jahrhundert ziemlich allgemein Eingang gewann, ohne doch bei dem hohen Adel oder auch nur bei der Succeſſion in Familienfideicommiſſe und ähnliche Inſtitute geltend zu wer-

den, ſo ſcheint der Satz: „auch bei der gemeinrechtlich zu beurtheilenden Legitimation durch die nachfolgende Ehe werden nicht die Rechte ertheilt, welche nach Statuten oder begründetem Herkommen reine eheliche Abſtammung verlangen, und auf die dem Römiſchen Rechte unbekannten Inſtitute ſich beziehen“ (ſ. Mittermaier's Deutſches Privatrecht § 320) nicht mit Fug zu beſtreiten, und ein Gleiches auch beim Lehen anzunehmen, da ſowohl der Sachſenſpiegel B. 3. Art. 65. als auch das Longobardiſche Lehnrecht die Geburt in einer wirklichen und rechtmäßigen Ehe zur Bedingung der Lehensſucceſſion machen. Unerachtet der ſehr beſtimmten Vorſchrift in II. Feud. 26. „naturales filii, licet postea fiant legitimi, ad successionem feudi nec soli nec cum aliis admittuntur“ haben doch viele Rechtslehrer, unter ihnen Kripſchildt (cap. 8. § 336. 337) die Succeſſion der per subsequens matrimonium legitimati im Lehen und Fideicommiß vertheidigt, ja es ſind ſogar einige (welche Kripſchildt cap. 8. § 337 anführt ohne ſich für eine oder die andere Anſicht zu entſcheiden) ſo hartnäckig conſequent bei ihrer Theorie von der rückwirkenden Kraft der Legitimation geblieben, daß ſie ſich durch ein aliud matrimonium intermedium nicht irre machen laſſen, und keinen Anſtand nehmen, die bereits exiſtirenden iura quaesita der aus einer, nach Erzeugung unehelicher Kinder eingegangenen, völlig rechtmäßigen, Ehe mit einem anderen Frauenzimmer, geborenen Kinder in ſo weit für aufgehoben zu erklären, als, wenn der Vater nach dem Tode ſeiner Ehegattin die frühere Concubine

heirathet, deren per subsequens matrimonium nunmehr legitimirten Kinder das Erſtgeburtsrecht erhalten und die in wirklicher Ehe geborenen Kinder von Fideicommiſſen, wo es auf Primogenitur ankommt ausſchließen ſollen. Das offenbar Widerſinnige und höchſt Unbillige, wohin dieſe Conſequenz führt, hat Andere wieder veranlaßt, für den eben berührten Fall eine Ausnahme zu ſtatuiren und den per subsequens matrimonium Legitimirten zwar die Succeſſion in Lehen, Fideicommiſſe und dgl. aber nur mit Einräumung des Erſtgeburtsrechts an die Kinder ex matrimonio intermedio zuzuſprechen. So namentlich die Gothofrediſche Note zu der oben citirten Stelle des Longobardiſchen Lehnrechts. „Quid legitimati per subsequens matrimonium? plane succedunt. Quid si primogenitus in feudo succedere debet, et Titio primus natus sit ex concubina, deinpe ex uxore legitima secundus, et ea mortua nuptias contrahat cum ipsa concubina? licet primus legitimetur, concubinatu matris in matrimonium verso, secundus tamen eo potior fuerit ut succedat in feudo.“ Aus dem Dilemma, d. h. aus dem Widerſtrebenden, was in der ſtarren Conſequenz hier liegt, und aus der Inconſequenz der Ausnahme, (welche ſich wohl nicht ganz durch die Rückſicht auf die nothwendige Erhaltung eines ſchon vorhandenen ius quaesitum rechtfertigen läßt,) — kommt man nicht anders heraus als durch das Feſthalten des Princips, daß die Legitimation durch nachfolgende Ehe bei rein Deutſchrechtlichen Inſtituten nicht Platz greifen und daher die legitimirten Kin-

der von den hieraus fließenden Succeſſionen ausgeſchloſſen ſind, wenn nicht in der Stiftung ſelbſt das Gegentheil feſtgeſetzt worden. Aus dieſem Grunde kann daher auch das Erſtgeburtsrecht, welches dem Römiſchen Rechte fremd iſt, ſowohl da wo es kraft beſonderer Stiftung als auch da wo es ſchon durch das Geſetz, wie in Kurland, begründet iſt, den erſt durch nachfolgende Ehe legitimirten Kindern zum Nachtheile ſchon vorhandener ehelicher, welchen ſonſt ein bereits exiſtirendes Recht entzogen würde, nicht zugewandt werden, und es würde bei ſtrengem Feſthalten deſſelben Grundſatzes ſelbſt in dem Falle, wenn ohne eine dazwiſchenliegende andere Ehe, von derſelben Frau, mit welcher die per subsequens matrimonium legitimirten Kinder erzeugt ſind, nach wirklich eingegangener Ehe Kinder geboren werden, dieſen ehelichen vor ihren älteren blos legitimirten Geſchwiſtern das Erſtgeburtsrecht zuſtehen, obgleich unter letzteren allein allenfalls der Aelteſte das ius primogeniturae haben könnte, wenn es darauf bei der Erbfolge in freiem Vermögen z. B. zur Beſtimmung deſſen ankommt, wem der Naturalbeſitz liegender Gründe und das Recht, die Nachgeborenen mit Gelde abzufinden zuſteht. (Cf. § 169. Statut. Curl.) Streng conſequent wäre es freilich auch hier, ſelbſt alsdann es ruhen zu laſſen.

Solchergeſtalt ergeben ſich bei einer Reaſſumtion der in Vorſtehendem entwickelten Anſichten für das Kurländiſche Recht folgende praktiſche Grundſätze:

1) die legitimatio per subsequens matrimonium ertheilt nach wie vor dieſelben Standesrechte wie die Ehe, weil ſie ipso iure wirkt und keiner Nachſuchung um ein rescriptum principis bedarf, woher denn das im Ukaſe vom 2. Januar 1829 enthaltene Verbot einer ſolchen Nachſuchung die Legitimation durch nachfolgende Ehe in Kurland nicht aufgehoben hat.

2) Jedenfalls ertheilt dieſe Legitimation aber alle abſolut auf das Privatrecht ſich beziehende Befugniſſe mit Ausnahme

3) derjenigen Inſtitute, welche dem Deutſchen Rechte eigenthümlich ſind, woher denn die ſolchergeſtalt Legitimirten in Familienfideicommiſſen, wenn nicht die bezüglichen Stiftungen das Gegentheil anordnen oder aus beſonderen Gründen ſchließen laſſen, nicht ſuccediren, und auch rückſichtlich des Erſtgeburtsrechtes ihren in wirklicher Ehe geborenen vollbürtigen oder Halb-Geſchwiſtern keinen Eintrag thun, obſchon ſie in freiem Vermögen mit ihnen zuſammen erben.

IX.

Beitrag zur Erklärung des § 182 der Curländiſchen Statuten.

Von C. O. v. Madai.

---

§ 1.

Einleitung.

In den Curländiſchen Statuten findet ſich folgende eigenthümliche Beſtimmung:

> **Stat. curlandica § 182.** Pater ad secunda vota transiens, fortunas suas omnes cum liberis secundi matrimonii ex aequo dividere, ac pro eius portione, quam vel retinere, vel in emolumenta liberorum exponere potest, fructibus eos alere ac educare (al. elocare) tenebitur.

So klar und einfach der allgemeine Inhalt dieſes Paragraphen beim erſten Anblick, ſo dunkel wird er bei genauerer Zergliederung. Der allgemeine Sinn deſſelben iſt dieſer: der Vater ſoll, wenn er zur zweiten Ehe ſchreitet, ſein geſammtes Vermögen mit den Kindern erſter Ehe theilen, und die Kinder davon erziehen. Zwei Punkte aber ſind es dabei vorzugsweiſe, die Schwierigkeit machen. Einmal nämlich die Ermittelung des Theilungsprincips, denn die Worte „ex aequo dividere“ können in dieſem Zuſammenhange ſowohl Theilung des

Vermögens in zwei Hälften, deren eine dem Vater, die andere den Kindern erſter Ehe zufallen würde, als auch Zerlegung in gleiche Theile überhaupt, m. a. W. Kopftheile, ja endlich Theilung nach billigem Ermeſſen bezeichnen. Die andere nicht mindere Schwierigkeit liegt in der Erklärung der Worte „ac pro eius portione“ deren ſprachliche wie ſachliche Beziehung in mehrfacher Hinſicht unklar iſt und bereits die verſchiedenſten Deutungen erfahren hat. Die Prüfung dieſer bisherigen Interpretationsverſuche und die Ausführung eines neuen iſt der Zweck dieſer Abhandlung.

§ 2.

Bisherige Interpretationsverſuche.

Birkel giebt in ſeiner bekannten Ueberſetzung der Curländiſchen Statuten unſern Paragraphen in folgender Weiſe wieder:

> Ein Vater ſoll, wenn er zur zweiten Ehe ſchreitet, ſein ganzes Vermögen mit den Kindern erſter Ehe zu gleichen Theilen theilen, und von den Einkünften ſeines Antheils, den er entweder ſelbſt behalten, oder zum Beſten der Kinder anlegen kann, dieſelben zu ernähren und zu erziehen verbunden ſein.

Sehen wir nun, wie Birkel die oben in der Einleitung angedeuteten Schwierigkeiten beſeitigt hat. Rückſichtlich des erſteren der beiden Punkten iſt an ſeiner Ueberſetzung, deren Hauptzweck doch jedenfalls die Verdeutlichung des Inhaltes des Geſetzes ſein ſollte, vor

allem zu tadeln, daß die Zweideutigkeit des Urtextes glücklicher nachgeahmt, als vermieden worden iſt; denn das „zu gleichen Theilen theilen“ kann, wie das lateiniſche „ex aequo dividere“ des Originals, ſowohl Theilung in zwei Hälften, als Kopftheilung bezeichnen. Freilich hat dieſe Ungenauigkeit der Uebertragung, ſei ſie nun eine abſichtliche, um beſtimmte Entſcheidung für die eine oder die andere Anſicht zu vermeiden, oder aus Unachtſamkeit entſprungen, ihre Vorgänger wie Nachfolger gehabt. Schon in einer früheren Ueberſetzung der Statuten, die ohne Angabe des Jahres wie des Druckorts erſchienen, lautet unſer Paragraph:

> Wenn ſich der Vater in die andere Ehe begiebet, ſoll er all ſeine Haabe und Guth mit den Kindern erſter Ehe gleich theilen,

ſo wie in einer ſpäteren, von Proch [1]) in einer beſonderen Abhandlung über unſern Paragraphen mitgetheilten

> der Vater, welcher zur zweiten Ehe ſchreitet, iſt verbunden, ſeine ſämmtliche Habe mit den Kindern erſter Ehe gleich zu theilen.

Indeß machen dieſe beiden letzt erwähnten Uebertragungen in ſofern einer noch größeren, gewiß nicht zu

1) Proch „Verſuch erläuternder Bemerkungen über einige Paragraphen der kurländiſchen Statuten in Rückſicht des Erbſchaftsrechts“ mitgetheilt in den „Jahresverhandlungen der Kurländiſchen Geſellſchaft für Literatur und Kunſt.“ Mitau 1819. Bd. 1. Abhd. XV. S. 323—331.

billigenden Zweideutigkeit ſich ſchuldig, als in ihnen das „gleich theilen“ geht man auf das Original nicht zurück, auch auf die Zeit der Theilung bezogen werden könnte.

Beſtimmter iſt Birkel in der Erklärung der Worte „ac pro eius portione“. Er bezieht das „eius“, auch hier der vorerwähnten älteren Ueberſetzung [2]) folgend, auf den Vater, den ganzen Paſſus alſo auf den dem Vater aus der Theilung zufallenden Antheil. Der Vater ſoll demnach „von den Einkünften ſeines Antheils den er entweder ſelbſt behalten, oder zum Beſten der Kinder anlegen kann, die Kinder zu ernähren und zu erziehen verbunden ſein“. Indeß ſtehen dieſer Interpretation mehrfache Bedenken entgegen. Vor allem 1) die Grammatik, denn offenbar müßte es im Sinne der Birkelſchen Erklärung „pro sua“ nicht „pro eius portione“ heißen, zumal fortunas suas omnes vorhergegangen. 2) Der Zuſatz, „quam vel retinere, vel in emolumenta liberorum exponere potest“. Vorausgeſetzt nämlich, daß es ſich hier um den, dem Vater in der Theilung zugefallenen Antheil handle, würde eine Abſurdität in dem Zuſatze liegen, der Vater könne denſelben behalten, wenn er wolle, oder auch zum Beſten

2) Hierin heißt es a. a. O. „und vom Genuß des Theils, welches er behalten, oder den Kindern zum Beſten anwenden kann, ſoll er (der Vater) ſie ehrlich erhalten und ausſteuern.“ Es liegt nämlich dieſe alte Ueberſetzung im Original elocare für „educare“.

ſeiner Kinder verwenden. Das Eigenthum, denn dieſes würde doch dem Vater an ſeinem Antheile zuſtehn, ſchließt von ſelbſt die Dispoſitionsbefugniß in ſich, wenn nicht beſtimmt eine Beſchränkung derſelben, die doch in den Worten „quam vel retinere“ ꝛc. offenbar nicht liegt, erwieſen werden kann. 3) Die Erklärung Birkels iſt demnächſt in ſofern ungenau, als der Vater nicht die Einkünfte ſeines Antheils überhaupt (wie man nach der Birkelſchen Ueberſetzung annehmen müßte), ſondern nur eine dem Umfange dieſes Antheils entſprechende Quote derſelben „pro eius portione“ zur Erziehung der Kinder zu verwenden verpflichtet ſein würde. Endlich 4) könnte die ganze Beſtimmung wie ſie Birkel auffaßt überflüſſig erſcheinen, da ohnehin der Vater die Erhaltungs- wie Erziehungskoſten ſeiner Kinder zu tragen rechtlich verbunden iſt. Von welchem Theile ſeines Vermögens der Vater die Einkünfte zur Unterhaltung der Kinder verwenden wolle, muß billig ſeiner Wahl überlaſſen bleiben. Demnach würde der Paragraph 182 zum Theil nur als ein, dem Vater von dem Geſetze ertheilter guter Rath zu betrachten ſein, was bei der gedrängten Kürze der Curländiſchen Statuten, die eben nur die nothwendigſten Beſtimmungen enthalten, wohl mehr als unwahrſcheinlich ſein dürfte.

Eine andere Erklärung unſeres Paragraphen giebt Proch, in der ſchon oben erwähnten Abhandlung, indem er von folgender Betrachtung ausgeht. An und für ſich iſt der Vater nicht gezwungen wenn er zur zweiten Ehe ſchreitet, ſein eigenes Vermögen mit den Kin-

dern erſter Ehe zu theilen, vorausgeſetzt nämlich, daß er an der Erbſchaft ſeiner verſtorbenen Ehefrau nicht Antheil nimmt. Allein ihm ſteht, iſt er ſelbſt wenig begütert, ein Erbrecht als dürftiger Wittwer an dem Nachlaß der Ehefrau, und zwar in Concurrenz mit ſeinen Kindern erſter Ehe, zu. Will er indeß daſſelbe geltend machen, ſo muß er ſein eigenes Vermögen conferiren, und in ſofern wird von ihm geſagt „fortunas suas omnes cum liberis primi patrimonii dividere tenebitur“. In unſerm Paragraphen iſt demnach von einem Vater die Rede, der es für ſeine Glücksumſtände zuträglicher hält, zu conferiren, d. h. ſein Vermögen mit dem von ſeiner Ehegattin hinterlaſſenen zuſammenzubringen und ſo daraus einen eben ſolchen Antheil für ſich zu nehmen, als ſeine Kinder, oder vielmehr jedes derſelben bekommt. Dieſer Antheil iſt indeſſen ſein unſtreitiges Eigenthum. Will er dagegen über den Antheil der Kinder disponiren, ſo iſt er verbunden ſie davon zu unterhalten, und zwar nach Verhältniß des Betrages dieſes Antheils. — Aus dieſer Paraphraſe, die Proch von dem Inhalt unſers Paragraphen giebt, erhellt nun 1) daß er die Worte ex aequo dividere, von Kopftheilung verſteht. 2) Die Worte „ac pro eius portione“ dagegen, auf den Antheil, nicht des Vaters, ſondern der Kinder bezieht. Zur grammatiſchen Erklärung dieſer letztern Worte will Proch zu „eius“, aus dem vorangehenden „ex aequo dividere“, ſupplirt wiſſen „quod aequum est“ deſſen Sinn er dann dahin angiebt „nach

Maaßgabe des gleichen Antheils". Demgemäß überſetzt nun Proch unſern Paragraphen in folgender Weiſe:

> Der Vater, welcher zur zweiten Ehe ſchreitet, iſt verbunden, ſeine ſämmtliche Habe mit den Kindern erſter Ehe gleich zu theilen, und nach Maßgabe des Antheils (welches?), den er entweder in ſeiner Verwaltung behalten, oder zum Beſten der Kinder anlegen kann, und zwar von den Früchten oder Einkünften deſſelben, die Kinder zu ernähren und zu erziehen.

Wiewohl ich den Scharfſinn dieſer Erklärung nicht verkenne, kann ich ihr doch nicht beiſtimmen, zunächſt ſchon deshalb nicht, weil ſie, meines Erachtens, auf einer Reihe durchaus willkührlicher, ja unrichtiger Vorausſetzungen beruht. Dahin zähle ich hauptſächlich folgende: 1) das Erbrecht des dürftigen Wittwers iſt in den Curländiſchen Statuten ſelbſt nicht erwähnt, mithin von Proch aus dem gemeinen Recht entlehnt, aber in dieſem eben ſo wenig begründet. Allerdings kannte das Römiſche Recht ein gegenſeitiges Erbrecht dürftiger Ehegatten: [3]) allein Juſtinian hat es ausdrücklich dem Ehemanne wieder entzogen. [4]) Damit aber fällt ſchon ein Hauptpfeiler der Proch'ſchen Erklärung zuſammen. Geſetzt nun aber 2) dem Ehemanne käme wirklich ſolches Erbrecht zu, ſo

---

3) Nov. 53. c. 6.

4) Nov. 117. c. 5. extr. Virum enim in talibus casibus quartam, secundum priorem nostram legem ex substantia mulieris accipere, modis omnibus prohibemus.

würde es nur unter denſelben Bedingungen und mit denſelben Wirkungen ſtatt finden können, unter und mit denen es der Ehefrau zuſteht. Nun iſt a) die dürftige Wittwe, wenn ſie ihr Erbrecht geltend macht, zur Collation ihres eigenen geringen Vermögens, das ihr ja nicht einmal angerechnet werden ſoll, bekanntlich nicht verpflichtet, [5]) alſo auch nicht der Ehemann in gleichem Falle. Damit fällt dann die Möglichkeit zuſammen, die Worte: „omnes fortunas suas dividere", mit Proch dahin zu deuten, es werde indirect, durch die Collationspflicht des Vaters, deſſen eigenes Vermögen zugleich Gegenſtand der Theilung. Zwar bemüht ſich Proch die Collationsverbindlichkeit des Ehemanns, aus den Curländiſchen Statuten zu erweiſen, allein die von ihm dafür angeführten §§ 182 und 196 berechtigen zu ſolcher Annahme durchaus nicht, ja es dürfte nicht unwahrſcheinlich ſein, daß ſeine derartige Behauptung auf einer Verwechſelung der Begriffe illatio (sc. dotis) und collatio beruhe. Denn wenn er ſich darauf beruft, daß ja auch die Ehefrau als Erbin ihres Mannes conferiren müſſe, und dafür die §§ 189—201, beſonders aber § 196 allegirt, ſo kann in jenen etwa nur der Ausdruck „si dotem intulerit" irrig auf die Collation gedeutet ſein, in dieſem aber iſt der Collation eben ſo wenig, auch nur mit einer Silbe gedacht. b) Der Erbtheil, den die dürf-

5) Nov. 53. c. 6. Si vero quasdam res proprias mulier in domo viri, aut alibi repositas habuit, harum actionem et retentionem habeat omnibus modis immiuutam.

tige Wittwe erhält, beträgt nie mehr als höchſtens den vierten Theil der Erbſchaft, und wird nicht ihr Eigenthum, wenn ſie mit eignen Kindern ihren Mann beerbt: [6]) daſſelbe müßte demnach von dem Ehemanne in gleichem Falle angenommen werden. Damit aber ſinkt der dritte Stützpunkt der Erklärung Proch's, daß nämlich, da der Vater an ſeinem Antheil unſtreitiges Eigenthum erwerbe, die Worte „ac pro eius portione" allein auf den Antheil der Kinder bezogen werden könnten, indem ja nur auf das dem Vater nicht als Eigenthum zugehörige, der Zuſatz „quam vel retinere vel exponere potest" u. ſ. f. vernünftiger Weiſe paſſe. 3) Abgeſehen endlich davon, daß ein Erbrecht des dürftigen Ehemannes weder überhaupt, noch viel weniger mit den von Proch behaupteten Wirkungen begründet iſt, würde daſſelbe keines Falls in der von Proch verſuchten Weiſe zur Erklärung unſers § angewendet werden können. Proch ſtellt es nämlich ſo dar, als ob es in der Wahl des Mannes liege, die ihm im § 182 auferlegte Theilung ſeines Vermögens dadurch zu vermeiden, daß er erklärt, an der Erbſchaft der Frau nicht Theil nehmen zu wollen. Allein einerſeits kommt es zur Beerbung

6) Nov. 117. c. 5. Uxorem autem ex utroque horum casuum, si quidem usque ad tres habuerit filios eius vir, sive ex alio matrimonio, quartam partem ex substantia viri accipere. Si autem amplius fuerint filii, tantum in utroque similiter casu accipere iubemus mulierem, quantum uni competat filiorum, ita quippe, ut usum solum in talibus rebus mulier habeat: dominium autem illis servetur, quos ex ipsis nuptiis habuerit.

der verſtorbenen Frau doch nicht erſt zur Zeit der Eingehung der zweiten Ehe, die ja nicht unmittelbar erfolgen darf, vielmehr ſchon zur Zeit des Todes der Frau, der Jahre lang früher erfolgt ſein kann und in der Regel ſein wird. Andrerſeits ſpricht unſer § 182 durchaus nicht in einer Weiſe, die in des Mannes Belieben die Theilung ſeines Vermögens ſtellte, ſondern legt dieſelbe dem Ehemanne, ſobald er zur zweiten Ehe ſchreitet, als eine unter allen Umſtänden zu erfüllende Verpflichtung auf.

Dies die unerwieſenen und größten Theils ſchon an ſich unrichtigen Vorausſetzungen, auf denen die Interpretation von Proch beruht. Wenden wir noch einen Blick auf die grammatiſche Seite ſeiner Erklärung. Das „eius" erklärt er in dem beſtrittenen „ac pro eius portione" durch „eius, quod aequum est", und überſetzt demnach: „nach Maaßgabe des gleichen Antheils." Allein das nachfolgende „quam" in den Worten „quam vel retinere vel . . . exponere potest", das doch offenbar ſich auf das „eius" bezieht, erweiſt klar, daß zu dieſem „eius" nicht ein Neutrum, wie „quod aequum est", ſondern nur ein Subſtantiv generis feminini ſupplirt werden könne. Die Beziehung, die Proch dem Worte „eius" giebt, iſt mithin grammatiſch unrichtig. Auf das unmittelbar vorangehende Wort „portione" aber kann jenes „quam vel retinere" ꝛc. ſchon deshalb nicht gehen, da ja der Vater nicht „portionem eius quod aequum est", d. h. nicht eine Quote des gleichen Antheils „retinere vel exponere potest", vielmehr von dieſem Antheil nach Maaßgabe des Um-

fangs deſſelben „pro protione eius“ die Erziehung der Kinder beſtreiten ſoll. Wenn ferner Proch das „eius“ auf den Antheil der Kinder bezieht, ſo müßte es richtiger wohl „eorum“ heißen, da es ſich hier nicht um den Antheil eines, ſondern ſämmtlicher Kinder handelt. Unklar aber iſt endlich die Deutung, die Proch den Worten „pro portione“ giebt. In dem Commentar zu unſerer Stelle (die Ueberſetzung lautet „nach Maaßgabe des Antheils“) erklärt er ſich darüber ſo: „Will der Vater den Antheil der Kinder ſelbſt disponiren (?), ſo iſt er verbunden, ſie ſelbſt zu unterhalten oder zu ernähren und zu erziehen — und zwar nach Verhältniß des Betrages dieſes Antheils. Es kann nun nach dieſem Verhältniß möglich ſein, daß der Antheil ſich vergrößert oder verringert, je nachdem die Früchte oder Renten deſſelben zum Unterhalte und zur Erziehung mehr als hinreichend, oder nicht ausreichend ſind“. — Indeß dieſe ganze Schlußbetrachtung ſteht mit unſerem Text wenigſtens in keinem nothwendigen Zuſammenhange. Eben weil der Vater nach Verhältniß des Umfanges der Kindertheile, aus deren Einkünften die Erziehung einrichten ſoll, wird z. B. eine Verminderung derſelben, nämlich der Subſtanz, nicht wohl eintreten. Wo dies dennoch geſchehen, wäre es ein deutlicher Beweis, daß der Vater die Erziehung zu ſplendid eingerichtet, alſo nicht „pro portione eius“ ꝛc. gehandelt habe. Ob und in wie weit das Deficit von dem Vater aus ſeinem eigenen Vermögen beſtritten werden müſſe, iſt eine Frage, die unſer Paragraph weiter nicht berührt.

Eine dritte von den bisher angeführten in vieler Hinſicht durchaus abweichende Erklärung hat ſich nach längerem Schwanken in neuerer Zeit in der Praxis gebildet. [7]) Davon ausgehend, daß der unmittelbare Wortverſtand unſeres Paragraphen eine ſonſt nicht zu beſeitigende Unbilligkeit involvire, hat man den Text des Originals geändert. Statt „fortunas suas“ nämlich, lieſt man „illas“, es auf die in dem vorangehenden Paragraphen erwähnten bona materna beziehend, und außerdem „pro eorum“ ſtatt „pro eius portione“. Indem man in dieſer Weiſe unſern § 182 mit dem vorangehenden, [8]) deſſen Inhalt der Nov. 22. c. 29. gleichgeachtet wird, in unmittelbare Verbindung ſetzt, nimmt man folgendes Reſultat an. Wer zur zweiten Ehe ſchreiten will, muß vorher das geſammte Vermögen des verſtorbenen Ehegatten gerichtlich anzeigen, nöthigen Falls erweiſen. Hierauf wird dieſes Vermögen in ſo viel Theile getheilt, als der verſtorbene coniux Erben hinterlaſſen, nach den Regeln für die Succeſſion der Descendenten. Der überlebende coniux erbt mit und zwar einen Kindestheil. Dieſen Kindestheil muß er, damit dem § 182 Genüge geſchehen könne alſo ſicher ſtellen, daß derſelbe nach ſeinem Tode bloß den Kindern des

7) Gefällige Mittheilung des Herrn Oberhofgerichtsadvocaten C. Neumann.

8) Es lautet dieſer Paragraph: „Liberi diversi matrimonii bona sua materna percipient, fratribus et sororibus germanis tantum, non uterinis exclusis.“ Auch über deſſen Erklärung verbreitet ſich Proch in der oben Note 1 angeführten Abhandlung.

früheren coniux, ohne alle Theilnahme etwaiger Kinder aus ſpäterer Ehe, zufällt. Er verliert außerdem den Nießbrauch des bisher in ſeiner Verwaltung befindlichen, ſeinen Kindern aus der Erbſchaft des verſtorbenen Parens zugefallenen Vermögens, über welches eine beſondere Vormundſchaft conſtituirt wird, und nach der gemeinrechtlichen Alimentationspflicht hat er, wenn dieſes abgetheilte Vermögen nicht ausreicht, aus eigenem die Kinder zu alimentiren. Uebrigens braucht er den Nießbrauch des ihm zugefallenen, für die abgetheilten Kinder nur hinſichtlich der dereinſtigen Perception ſicher geſtellten Antheils, nicht aufzugeben. — Auch gegen dieſe Auslegung ſind mir manche Zweifel entſtanden, die hier unumwunden auszuſprechen mir erlaubt ſei. Vielleicht daß dadurch es deſto ſicherer zu einer Verſtändigung kommt, oder doch eine wiederholte Prüfung einer für die Wiſſenſchaft wie für die Praxis gleich wichtigen Auslegung unſers Paragraphen angeregt wird. Meine Bedenken nun ſind in der Hauptſache dieſe:

1) die Verwandlung der Worte „fortunas suas“ in „fortunas illas“ bleibt immer eine willkührliche Emendation, hervorgegangen aus dem Beſtreben, dem an ſich dunkeln Geſetze einen leichter verſtändlichen Sinn zu geben. Indeß wird dieſe Lesart, erwägt man gehörig den Zuſatz „omnes“, jeden Falls verdächtig. Auf die bona materna bezogen, hat das „omnes“ keinen angemeſſenen Sinn, denn von ſelbſt verſteht es ſich, daß der Vater ſämmtliche bona materna theilen muß. Dagegen gewinnt dieſes „omnes“ bei der Lesart „fortunas suas“

eine prägnante Bedeutung. Iſt nun nach allgemeinen Grundſätzen der Kritik unter zwei Lesarten diejenige jeder Zeit vorzuziehen, bei der kein Wort überflüſſig wird, ſo erſcheint ſchon deshalb die obige Emendation unzuläſſig. Nicht minder aber iſt ſie es

2) ihrem Inhalt nach. Lieſt man nämlich „illa", sc. bona materna, ſo kommt der Sinn heraus, der Vater ſoll, bei Eingehung einer zweiten Ehe, mit den Kindern erſter Ehe die denſelben von ihrer Mutter hinterlaſſenen bona materna theilen, und zwar einen Kindestheil daran erhalten. Gemeinrechtlich würde ein derartiges Erbrecht des Ehemanns durchaus nicht begründet ſein, indem nach Röm. Recht vielmehr die Eingehung der zweiten Ehe den Verluſt des Eigenthumsrechts an allen lucris nuptialibus nach ſich zieht. [9]) Auf das dem Vater an den bonis maternis ſeiner Kinder zuſtehende Nießbrauchsrecht, kann dagegen der Ausdruck „ex aequo dividere" in unſerm Paragraphen ſchon deshalb nicht bezogen werden, da dieſer Anſpruch ſchon durch den Tod der Ehefrau, nicht erſt durch Eingehung der zweiten Ehe entſteht. So müßte denn der in Rede ſtehende Anſpruch des Ehemanns auf einen Kindestheil an den bonis maternis ſich lediglich aus den Curländiſchen Statuten herſchreiben. Dies aber iſt um ſo weniger erweislich, als der § 181 dieſe bona materna ausſchließlich den leiblichen Kindern der Mutter zuweiſt, ohne die geringſte Erwähnung des nachbleibenden Ehe-

9) Nov. 22. c. 23—26.

gatten. Ja nicht einmal die liberi primi matrimonii des ad secunda vota ſchreitenden Ehemannes erhalten die bona materna allein, ſondern zugleich die Kinder, welche die Frau etwa aus einer früheren Ehe hatte. So würde demnach, bezieht man das „fortunas suas“, oder vielmehr das dafür ſubſtituirte „illas“, auf die bona materna, eine Antinomie zwiſchen § 181 und 182 entſtehen, nicht aber der erſtere zur Erklärung des letzteren dienen.

3) Der Vater ſoll, nach der obigen Deutung der Praxis, den ihm in der angegebenen Weiſe von den bonis maternis zufallenden Antheil, damit dem § 182 Genüge geſchehen könne, alſo ſicher ſtellen, daß derſelbe nach ſeinem Tode bloß den Kindern des früheren coniux, ohne alle Theilnahme etwaiger Kinder aus erſter Ehe, zufällt. — Ausdrücklich ſagt davon unſer Paragraph nichts, wie er denn überhaupt nur von der Verwendung des aus der Theilung hervorgehenden Antheils (ſei es nun des Vaters, oder der Kinder), nicht aber von den Proprietätsrechten an demſelben, ſpricht. Nicht unwahrſcheinlich dürfte hier der Praxis die Beſtimmung des Römiſchen Rechts, in Betreff der dürftigen Wittwe, vorgeſchwebt haben. Es ſoll nämlich nach Nov. 117. c. 5. [10]) die dürftige Wittwe, concurrirt ſie mit mehr als 3 Kindern ihres verſtorbenen Ehemannes, einen Kopftheil (in Concurrenz mit 3 oder weniger Kindern,

---

10) Vgl. oben S. 227. Note 6.

ein Viertel) von deſſen nachgelaſſenem Vermögen erhalten, und zwar an dieſem ihrem Erbtheil nur den Nießbrauch, wenn die mit ihr gemeinſchaftlich erbenden Kinder ihre eigenen ſind, während das Eigenthum daran eben dieſen ihren Kindern zuſteht, und mithin dieſen nach dem Tode der Mutter, auch wenn dieſelbe zu einer zweiten Ehe geſchritten, allein zufällt. Dieſe Analogie aber kann bei Erklärung unſers § 182 um ſo weniger angewendet werden, da, wie bereits oben ausgeführt worden, die Uebertragung des Erbrechts der dürftigen Wittwe, ſo wie der damit verbundenen Rechtsgrundſätze, auf den Ehemann, durchaus unſtatthaft iſt.

4) Der Vater ſoll, nach der Auslegung der Praxis, den Nießbrauch des bisher in ſeiner Verwaltung befindlichen, ſeinen Kindern aus der Erbſchaft der verſtorbenen Mutter zugefallenen Vermögens verlieren. Mit dieſer Erklärung ſcheinen jedoch die Worte unſers Paragraphen nicht eben im beſten Einklange zu ſtehen. Lieſt man nämlich mit der Praxis „eorum“ ſtatt „eius“, ſo können die folgenden Worte „quam vel retinere vel . . . potest“ nur von dem den Kindern zufallenden Antheil verſtanden werden, und dann liegt in eben dieſem Worten: „quam vel retinere . . . potest“ ein unzweideutiger Widerſpruch mit der Behauptung, der Vater verliere die Verwaltung des den Kindern aus der Theilung zugefallenen mütterlichen Vermögens. Wenn übrigens zum Schluß erklärt wird: „der Vater brauche den Nießbrauch des ihm zugefallenen, für die abgetheilten Kinder nur hinſichtlich der dereinſtigen Perception

des Capitals ſicher geſtellten Antheils nicht aufzugeben“, ſo iſt dies eine nicht undeutliche Umſchreibung der Worte: „quam vel retinere vel in emolumenta liberorum exponere potest“, alſo eine Beziehung derſelben auf den dem Vater zufallenden Antheil, mithin eine Rückkehr zu der doch verworfenen Leſart „ac pro eius portione“. Ueberhaupt dürfte

5) gegen die Leſart „eorum“ ſtatt „eius“ der Umſtand ſprechen, daß es dann für „quam vel retinere potest“ nothwendig heißen müßte „quas sc. liberorum partes“, indem, wie ſchon oben erwähnt, das „quam“ nicht auf das kurz vorangehende „portione“, ſondern nur auf ein, aus dem „eius“ zu ergänzendes Subſtantiv, bezogen werden kann.

Dies die Bedenken, die, meines Erachtens, gegen die in der Praxis übliche Auslegung unſers Paragraphen ſprechen.

§ 3.

Anſicht des Verfaſſers.

Wenn der Verfaſſer, deſſen Studien erſt ſeit verhältnißmäßig kurzer Zeit den einheimiſch provinciellen Rechten ſich zugewendet, es gleichwohl wagt, mit einem neuen Interpretationsverſuche hervorzutreten, ſo bittet er, man möge darin nicht eine Anmaßung, vielmehr die Bethätigung des guten Willen erblicken, nach Kräften zur wiſſenſchaftlichen Aufhellung des einheimiſchen Rechtes mitzuwirken.

Sehen wir zurück auf die Entſtehung der Curländiſchen Statuten. Dieſelben ſind von einer aus Polen nach Curland geſendeten Commiſſion verfaßt. Wenn es nun ſchon im Allgemeinen nicht unglaublich, daß die Commiſſarien, ſämmtlich Polen, aus ihrem eigenen, ihnen beſſer als das fremde bekannten Rechte manche Beſtimmung in den von ihnen verfaßten Geſetzentwurf übertragen haben, oder wenigſtens das ihnen fremde Recht von dem Standpunkte des eigenen aufgefaßt haben mögen, ſo findet dieſe Vermuthung an einzelnen Beiſpielen ihre vollſtändigſte Beſtätigung. So um nur eines zu erwähnen, erliſcht im Polniſchen Recht nach einer Verordnung Sigismunds vom Jahre 1540 [11]) die nur mündlich übernommene Bürgſchaft ſchon nach Ablauf eines Jahres und ſieben Wochen, und eben dieſe, von dem gemeinen Recht ſo abweichende Beſtimmung, treffen wir im § 146 der Curländiſchen Statuten im Ganzen wieder, denn daß die 7 Wochen weggelaſſen, erklärt ſich wohl aus dem Beſtreben, eine runde Zahl zu ſetzen. In ähnlicher Weiſe nun dürfte unſer vielbeſtrittener § 182 aus dem Polniſchen Recht die genügendſte Erklärung finden.

Nach einem alten Polniſchen Gewohnheitsrecht fiel beim Tode der Mutter den Kindern die Hälfte des ge-

11) Vgl. Herburt de Fulstin Statuta regni Poloniae. s. v. fideiussor. Kolndzki Promptuarium legum et constitutionum Regni Poloniae. s. v. fidoiussor. Zalaszowski Iuris Regni Poloniae Tom. II. Lib. III, tit. 12.

ſammten väterlichen Vermögens zu, vielleicht erklärbar aus der Anſicht, daß bei Auflöſung der ehelichen Gütergemeinſchaft durch den Tod der Mutter, die derſelben zuſtehende Hälfte auf ihre Kinder ſich vererbe. Indeß durften, nach einer Verordnung Caſimirs des Gr. von 1368, die Kinder dieſen ihnen zuſtehenden Antheil nicht eher fordern, als bis der Vater zur zweiten Ehe ſchritt. [12] Ja eine ſpätere Verordnung von Wladislaus Jagello vom J. 1423 ſtellte ſelbſt bei Eingehung der zweiten Ehe es dem Belieben des Vaters anheim, ob er den Kindern erſter Ehe ihren Erbtheil ſofort herauszahlen, oder bis zu ſeinem Tode im Beſitz deſſelben bleiben wolle, nur ſollte er jeden Falls den Kindern erſter Ehe ihre Erbportion aſſigniren, d. h. feſtſtellen. [13]

Betrachten wir nun von dieſem Standpunkte aus unſern § 182. Zunächſt erhellt, daß das „ex aequo dividere" nicht Kopftheile, vielmehr Theilung in zwei Hälften, und das „fortunas suas omnes" nicht, wie die Praxis es nimmt, die bona materna, ſondern das geſammte väterliche Vermögen, und zwar unmittelbar, nicht wie Proch meint, indirect, im Wege der Collation, bezeichnet. Eben ſo leicht erklären ſich nun die Worte „ac pro eius portione". Die Verfaſſer nämlich, denen bei dem „ex aequo dividere" der Begriff der

12) Vgl. Herburt de Fulstin a. a. O. s. v. maternalia bona.

13) Herburt de Fulstin a. a. O. ibid.

„medietas omnium bonorum patris“ vorſchwebte, ſetzten, uneingedenk deſſen, daß das Wort medietas zwar der Sache nach in dem „ex aequo dividere“ liege, aber doch nicht ausdrücklich ausgeſprochen ſei, getroſt „eius“, um damit die Hälfte zu bezeichnen, die der Vater als Eigenthum ſeiner Kinder nur einſtweilen behalten darf, „quam vel retinere etc. potest“ (daher auch quam sc. medietatem). Ihnen, denen die Sache ſelbſt bekannt und klar war, fiel es nicht ein, daß eben dieſes „eius“ einer Mißdeutung ausgeſetzt ſein könne. Von ſelbſt finden nun auch die Worte: „quam vel retinere, vel exponere—potest“ in der dem Vater durch Wladislaus eingeräumten Wahl, entweder zu ſofortiger Auszahlung zu ſchreiten, oder ſelbſt im Beſitz der den Kindern erſter Ehe gebührenden Hälfte zu bleiben, ihre Erklärung. Jedenfalls aber muß der Vater aus dieſer den Kindern zugehörenden Hälfte deren Erziehung beſtreiten, die ſich ſehr natürlich nach dem Umfang jener Hälfte richtet. Daher „pro eius portione“. Demnach wäre der Inhalt unſers § 182, erklären wir denſelben in dem Sinne ſeiner Verfaſſer, dieſer: Geht ein Ehemann nach dem Tode der Frau eine zweite Ehe ein, ſo fällt die Hälfte ſeines eigenen Vermögens den Kindern erſter Ehe zu. Allein herauszuzahlen braucht er ihnen dieſe Hälfte nicht, vielmehr kann er dieſelbe bis zu ſeinem Tode behalten und verwalten, jedoch muß er aus ihren Einkünften, und zwar nach Verhältniß derſelben, die Kinder erſter Ehe erziehen und alimentiren.

Wenn nun aber, wie aus dem Bisherigen erhellen

dürfte, der § 182 der Statuten aus einem fremden Rechte nach Curland übertragen worden, ſo entſteht die ſehr natürliche Frage, ob er auch ſofort in die Praxis Eingang gefunden. Fehlt es gleich an ausdrücklichen hiſtoriſchen Zeugniſſen darüber, ſo läßt ſich doch auf indirectem Wege ein Reſultat gewinnen, dem, wenn auch nicht volle unumſtößliche Gewißheit, ſo doch hohe Wahrſcheinlichkeit beigelegt werden dürfte. Wir finden nämlich in dem, bald nach Erlaſſung der Curländiſchen Statuten verfaßten Geſetzentwurf, — das Derſchau'ſche Landrecht genannt — unſern § 182 weder ausdrücklich, noch ſeinem ſo eigenthümlichen Inhalte nach, wohl aber andre Beſtimmungen für den Fall, daß der Vater zur zweiten Ehe ſchreitet, von denen weiterhin die Rede ſein wird, wieder. Wie nun dieſes Schweigen zu deuten, iſt eine Cardinalfrage, deren Beantwortung von der Anſicht abhängt, die man über das Verhältniß der Statuten zu dem Derſchau'ſchen Landrecht hegt. Man könnte ſich dieſes Verhältniß einmal ſo denken, daß das Landrecht eine Aufzeichnung des in der Praxis geltenden Rechts außer und neben den Statuten, gewiſſermaßen als eine Ergänzung dieſer letzteren, enthalte. Dem aber ſteht der Umſtand entgegen, daß das Landrecht nicht nur Beſtimmungen die in den Statuten, und zwar wie es ſcheint zum Theil dem Polniſchen Recht entlehnt, enthalten ſind, in ſich aufgenommen, ſondern auch ſolche, die den Statuten geradezu widerſprechen. Ein Beiſpiel für jenes, bietet die Wiederholung der ſchon oben erwähnten auffallenden Beſtimmung über die nur einjäh-

rige Wirkſamkeit mündlich übernommener Bürgſchaften; [14]) die ſechsjährige Verjährungsfriſt der Criminalklagen, [15]) die ſechstägige der actio redhibitoria, [16]) die Unverjährbarkeit der bona dotalitia, der verſändeten, und sub pacto retrovendendi verkauften Sachen, [17]) u. ſ. f.; ein Beiſpiel dagegen für dieſes, die erwerbende Verjährung. Nach den Statuten nämlich wird die Erſitzung von Immobilien inter praesentes nach 6, inter absen-

---

14) Vgl. Curländiſche Statuten § 146: „Verbalis item fideinssio, quae in scriptis redacta non est, anno expirat“, und Derſchau'ſches Landrecht B. II. classis I. tit. 1. art. 11 § 7: „Einne mnendliche buergschafft, die nicht in schriften verfasset, verlischet in Jahres Frist.“

15) Vgl. Curländiſche Statuten § 150: „Criminales (sc. actiones) sexennio tollnntur, excepto crimine laesae maiestatis et perdnellionis“ und Derſchau'ſches Landr. B. II. classis I. tit. 1. art. 11. § 3: „Die peinlichen nnd Criminalsachen, sollen nach 6 Jahren praescribirt undt erloschen seyn, ausbenommen das crimen laesae majestatis et perduellionis.“

16) Vgl. Curländiſche Statuten § 148: „Rem vitiosam emens intra sex dies eam Indicis definitione redhibere vel retinere tenebitur“ und Derſchau'ſches Landr. a. a. O. B. II. cl. I. tit. 1. art. 11. § 8: „Wer ein ding, so schad- oder boeshafft ist, verkaufet, der soll es dem Gerichte in 6 Tagen, darin zuerkennen darstellen, oder es hernach ohne ferners Klagen behalten.“

17) Vgl. Curländ. Statuten § 152: „Neque bona dotalitia uxoris, neqne pignori data, aut cnm pacto reluendi vendita, neque fines certis limitibus ac literis determinati ac circumscripti ab usurpatore alienorum limitum et litigiosarum possessionum praescribnntnr etc.“ und Derſchau'ſches Landr. B. I. cl. I. tit. 1. art. 11. § 5: „Die Praescription hat auch nicht statt, wieder einne Fraw Ihres Henraths Guhts halber, wie denn auch die Leibszucht oder dotalitium nicht verjaehret werden kann.“ § 6: „Die Praescription soll auch nicht statt hsben, in hipothecen, verpfaendnn-

tes ſchon nach 12 Jahren vollendet, [18]) während das Derſchau'ſche Landrecht die gemeinrechtliche Verjährungsfriſt von 10 und 20 Jahren recipirt hat. [19]) Demnach ſcheint das Verhältniß des Landrechts zu den Statuten ein ſelbſtſtändigeres, etwa dieſes, geweſen zu ſein. Das Derſchau'ſche Landrecht hat die Statuten vollſtändig in ſich aufgenommen, aber nur, ſo fern die Beſtimmungen der letztern wirklich in die Praxis Eingang gefunden. Daraus erklärt ſich, daß das Landrecht, wiewohl es in einzelnen Titeln der Reihefolge der Paragraphen der Statuten folgt, doch da, wo die letzteren zu kurz und lückenhaft ſind, durch Einſchaltung oft ganzer Lehren gar viel Abweichungen darbietet; ferner, daß in dem Landrecht einzelne Paragraphen der Statuten in

---

gen, vndt wiederkaeufflichen Guehtern, sondern solche Vnterpfaende, vndt wiederkaeufliche Guehter vermoege der auffgerichteten Contracten, Jederzeit eingeleehsset, vndt wieder erkaufft werden koeanen, Es sey denn das dass pactum retrovenditienis auff einne gewisse Zeit bestimmet sey.“ § 9: „Wann Jemandes seinne Grentse mit gewissen mahlseichen bezeichnet, vndt sich ein anderer in solche seinne Grentse eindringen wirdt, sell demselben, der sich dergestaldt eindringen wirdt, keinne praescription zustatten kommen.“

18) Curländ. Statuten § 147: „Res immobiles inter praesentes sexennio, inter absentes duodecim annis praescribuntur.“

19) Derſchau'ſches Landr. B. II. cl. I. tit. 1. art. 11. § 1: „Alle bewegliche guetter sollen Innerhalb 3 Jahren, die Vnbeweglichen aber vnter den anwehsenden In 10 Jahren, vnter den abwehsenden aber in 20 Jahren, a tempore scientiae, vndt da man dessen wissenschafft gehabet, an zu rechnen praescribiret vndt verjaehret seyn. Jedoch dass von dem besitzer vorher bona fides, Justus titulus, vndt quieta Possessio erwiesen werde.“

mehrere Paragraphen zerſtückelt, [20]) daß umgekehrt ganze Paragraphen der Statuten in dem Landrecht gar nicht erwähnt, andre, wie z. B. die über Erſitzung der Immobilien mit ganz veränderten Beſtimmungen aufgenommen ſind. [21]) Von dieſem Standpunkte nun aus ſcheint die Weglaſſung des § 182 der Statuten in dem Landrecht die Behauptung zu rechtfertigen, daß die Beſtimmung jenes § wenigſtens alsbald in die Praxis nicht übergegangen ſei. Ja es gewinnt dieſe Behauptung nicht wenig Unterſtützung, vergleichen wir die Paragraphen, die in dem Derſchau'ſchen Landrecht von den Güterverhältniſſen, die durch Eingehung einer zweiten Ehe von Seiten des Ehemannes begründet werden, handeln. Es heißt nämlich daſelbſt [22]):

1. Buch II. classis II. tit. 2. art. 1. § 10. Wann Kinder vntterſchiedener Ehe ſeyndt, So ſollen die Kinder der Eheſten Ehe Ihr Mütterliches, So der Vatter bei der Eheſten Theilung bei Sich behalten, wo es nicht ausgekehret weh-

---

20) Vgl. Note 17, desgl. Derſchau'ſches Landr. B. II. cl. I. tit. 1. art. 3. § 1 und 4, vgl. mit § 84 der Curländ. Statuten.

21) Eben ſo ſoll nach den Curländ. Statuten § 84, wer auf des andern Grundſtück das Recht der Honigweide hat, dem Eigenthümer des Grundſtücks den Honig, das Liespfund für drei Mark, nach dem Derſchau'ſches Landrecht B. II. cl. I. tit. 1. art. 3. § 1. für fünf Mark überlaſſen.

22) Das mir vorliegende Manuſcript des Derſchau'ſchen Landrechts iſt abwechſelnd mit deutſchen und lateiniſchen Buchſtaben geſchrieben.

re, Voraus nehmen, Vnd die Kinder anderer Ehe Ihr Mütterliches, ebenmäßig voraus empfangen, Vndt in den Vätterlichen, wie droben gedacht, zugleich ſuccediren, vnd erben; Jedoch daß die Töchter Eheſter Ehe, das Jenige, So Ihnen vom Vatter für ausſteuer, Kleidung und zihrat gegeben worden, wiederumb einbringen, welches die Töchter anderer Ehe wo Sie dieſer Geſtalt etwas empfangen, Ebenmäßig thun ſollen.

2. Buch II. classis II. tit. 2. art. 1. § 11. Wo aber der Vatter den Kindern ſolchen Ihren fräwlichen Schmuck verehret, oder nachgegeben hatt, So dürfen Sie nicht mehr als Ihre Mittgabe conferiren vnd wieder einbringen.

3. Buch II. classis II. tit. 2. art. 4. § 5. Wann Eine Fraw verſtirbet vnd verläſt hintter Sich Kinder, So magk vnd ſoll der Mann oder Vatter Ehe er zur andere Ehe ſchreittet, wegen der Mütterlichen Gühter, mit auffrichtung eines Inventarij Richtigkeit machen, vnd alsdann auf genugſahme Caution dieſelben, bis die Kinder erwachſen vnd mündig geworden, bey Sich behalten.

Ganz unverkennbar ſind dieſe Stellen aus den Curländiſchen Statuten (§ 181 — 184) [23]) geſchöpft,

23) Dieſe lauten in ihrem Zuſammenhange: § 181: „Liberi diversi matrimonii bona sua materna percipient, fratribus et sororibus

und zum Theil eine reine Uebertragung derſelben. So entſprechen Nr. 1 und 2 den §§ 181, 183 und 184. Nr. 3 dagegen unſerm vielbeſtrittenen § 182, jedoch mit nicht unwichtigen Modificationen. Während nämlich der § 182, bei Eingehung der zweiten Ehe dem Ehemann die Theilung ſeines eigenen Vermögens auferlegt, ſpricht Nr. 3 nur von der Verpflichtung des Ehemanns das mütterliche Vermögen ſeiner Kinder erſter Ehe zu inventariſiren, läßt ihm aber gegen Caution die Verwaltung deſſelben bis zur Mündigkeit der Kinder. In ſofern, könnte man nun ſagen, ſtimme das Derſchau'ſche Landrecht, dem Reſultate nach, mit der jetzt in der Praxis üblichen Erklärung unſeres Paragraphen überein, als es die „fortunas suas omnes" auf das mütterliche Vermögen beziehe: allein wir haben es hier offenbar nicht mit einer bloßen Interpretation, vielmehr

---

germanis tantum, non nterinis exclnsis." § 182: „Pater ad secunda vota transiens, fortunas suas omnes, cum liberis primi matrimonii ex aequo dividere, ac pro eius portione, quam vel retinere, vel in emolnmenta liberorum exponere potest, fructibus eos alere ac educare tenebitur." § 183: „Patre defuncto liberi primi matrimonii, qnod in dotem ac mundnm muliebrem a patre ipsis datum fuerit, conferre, et post hanc collationem factam in paterna hereditate, ex aeqno cnm liberis secundi matrimonii succedere debent." § 184: „Si pater mundum mnliebrem eis condonaverit, tum nihil conferre tenebuntur." In dieſem letztern § iſt offenbar das „nihil" nur auf das „mundum mnliebrem" zu deuten, ohne daß dadurch die Collationspflicht der etwa empfangenen „dos" aufgehoben würde, daher denn auch Birkel in ſeiner Ueberſetzung dieſes § ganz richtig die Worte „außer der Mitgift" hinzufügt. Dadurch fällt der ſcheinbare Widerſpruch zwiſchen § 184 und der oben unter № 2 abgedruckten Stelle des Derſchau'ſchen Landrechts weg.

einer directen Abänderung des § 182 durch das Derſchau'ſche Landrecht zu thun, zumal darin der Theilung, wie ſie § 182 vorſchreibt, gar nicht gedacht iſt. Wenn demnach, wie es ſcheint, mit Gewißheit angenommen werden kann, daß der § 182, ſeinem urſprünglichen Inhalte nach, anfangs in die Praxis nicht übergegangen, ihm vielmehr durch ein abweichendes Gewohnheitsrecht derogirt worden ſei, ſo entſteht die Frage, wie es ſich mit ſeiner jetzigen Anwendbarkeit überhaupt verhalte? und ob, wenn eine ſolche anzunehmen, er in dem Sinne ſeiner urſprünglichen Verfaſſer, oder in dem der jetzt in der Praxis üblich gewordenen Auslegungsweiſe zu erklären ſei? Ließe eine vollſtändige desuetudo ſich nachweiſen, ſo würde natürlich von einer weiteren Anwendung des § 182 nicht mehr die Rede ſein können. Dies aber ſcheint um ſo weniger der Fall, als die wiederholten Auslegungsverſuche das Beſtreben darthun, den Inhalt des Geſetzes für ſeine practiſche Anwendbarkeit mit den Prinzipien der Billigkeit in Einklang zu bringen. Anlangend aber die zweite Frage, dürfte eine zweifache Beantwortung möglich ſein. Einmal nämlich, daß, ſofern die Beſtimmungen der Curländiſchen Statuten nur in ſoweit verbindend ſeien, als ſie practiſches Recht geworden, auch nur die Praxis über die Auslegungsweiſe entſcheiden könne. Sodann zweites, daß die Erklärung eines Geſetzes im Sinne ſeiner Verfaſſer, ſchon nach allgemeinen Rechtsprincipien abſolut den Vorzug verdiene. Für dieſe letztere Anſicht möchte der Verf. aus einem doppelten Grunde ſich erklären: da nämlich das Derſchau'ſche Landrecht nie geſetzliche Beſtäti-

gung erhalten, ſo kann die Art und Weiſe, in der hier der Art. 182 umgebildet worden iſt, auf Geſetzeskraft eben ſo wenig Anſpruch machen, als es jemandem einfallen wird, zu behaupten, daß bei Erſitzung von Immobilien, die 10 und 20jährige Friſt des Landrechs der 6 und 12-jährigen der Statuten vorgehen müſſe. Hingegen die jetzt in der Praxis übliche Auslegung unſeres Paragraphen kann der Verfaſſer, aus den oben weiter ausgeführten Gründen, nur als eine auf unrichtigem Verſtändniß des Geſetzes beruhende betrachten, und muß demnach auch hier wiederholt zu einer ſchon in einer früheren Abhandlung [24]) von ihm vertheidigten Anſicht ſich bekennen, auf den Ausſpruch Juſtinian's [25]) ſich ſtützend: „quae male excogitata sunt, ea nec longa consuetudine confirmari volumus".

---

24) Vgl meine Abhandlung „über die Aufhebung von Rechtsgeſchäften wegen laesio enormis," oben № V. § 1.

25) Novelle 134. c. 1. (nach der Ueberſetzung Homberg k's).

X.

Ueber Querelen, nach Livländiſchem Recht.

Unter Querel wird in Livland ein Rechtsmittel verſtanden, welches wider alle in einer Proceßſache gefällten Interlocute, (Zwiſchenbeſcheide, Beiurtheile,) d. h. ſolche Decrete, wodurch nicht die Hauptſache, ſondern ein Nebenpunkt der ſtreitigen Sache entſchieden wird, angewandt werden kann. Dieſes Rechtsmittel hat zunächſt zur Folge, daß das angefochtene Interlocut in ſeiner Wirkung gehemmt wird. Die weitere Verhandlung der Hauptſache ſoll durch die Querel zwar nur dann aufgehalten werden, wenn das Interlocut Einfluß auf ſolche hat; da aber die Oberinſtanz nach jeder Querel die Originalacten der Unterinſtanz einfordert, ſo wird auf ſolche Weiſe, ſelbſt wenn auch gegen Interlocute, die keinen Einfluß auf die Hauptſache haben, querulirt worden, immer der Fortgang der Hauptſache auf ſo lange gehindert, bis über die Querel vom Oberrichter erkannt worden iſt. Welches Feld dadurch der Chikane eröffnet wird, beſonders wenn die böswilligen Litiganten nicht, wie das Geſetz es vorſchreibt, einer Strafe unterzogen werden, läßt ſich leicht ermeſſen. Es braucht der Parte, der es auf Verſchleppung der Sache und Ermüdung ſeines Gegners abgeſehen hat, nur recht viele, ganz unbegründete Einreden vorzubringen, und Interlocute darauf, gegen die er querulirt, zu veranlaſſen, um

ſeinen Zweck zu erreichen, wobei ihm in einigen Städten, wie Dorpat und Pernau, noch zu Hülfe kommt, daß das Voigteigericht die erſte, der Rath die zweite und das Hofgericht die dritte Inſtanz iſt. Iſt er z. B. mit einer dilatoriſchen Einrede vom Voigteigerichte mittelſt Interlocuts abgewieſen worden, ſo querulirt er an den Rath, und hat auch dieſer zu ſeinem Nachtheil entſchieden, ſo wendet er ſich mit der Querel an das Hofgericht. Iſt nun endlich in der dritten Inſtanz dieſer Nebenpunkt beſeitigt, und die Sache qualificirt ſich nicht zur Reviſion an Einen dirigirenden Senat, ſo ſetzt der böswillige Litigant, ohne ſich auf die Hauptſache einzulaſſen, ſeinem Gegner andere unbegründete peremtoriſche Einreden entgegen, und bewirkt durch Querelen, daß dieſe Nebenpunkte wieder in drei Inſtanzen zur Verhandlung und Entſcheidung kommen müſſen. Es iſt leicht einzuſehen, daß ſo Jahre vergehen können, bis es zur directen Erklärung auf die Klage und Verhandlung der Hauptſache kommt, und ſelbſt dann noch findet der Parte Gelegenheit, und beſonders beim Beweisverfahren, neue Exceptionen, z. B. gegen Zeugen, zu machen, und gegen die über dieſelben erkennenden Interlocute Querelen anzumelden und dieſe wieder durch drei Inſtanzen durchzuführen. Kommt nun noch hinzu, daß ſogar Querelen gegen Beſcheide wegen abgeſchlagener Friſtgeſuche interponirt und angenommen werden, ſo leuchtet ein, daß auf ſolche Weiſe es leicht möglich wird, eine ſonſt ganz einfache Sache ſo in die Länge zu ziehen, und den Gegner ſo zu ermüden, daß dieſer bei

einer noch ſo gerechten Sache es für gerathener findet, den nachtheiligſten Vergleich einzugehen, oder die Sache ſelbſt ganz fallen zu laſſen, als ſie weiter fortzuführen. Daß ſolche Gelegenheit zur Chikane nur zu oft und mit Erfolg benutzt wird, — davon finden ſich in den Acten der Behörden vielfache Beiſpiele. Je nachtheiliger nun die Folgen davon für die Juſtiz ſind, und je herabwürdigender und erniedrigender es für den Richter von Ehre und Gewiſſen iſt, ſo von chikaneuſen Parten gemißbraucht werden zu können, deſto mehr muß man ſich verpflichtet halten, die Frage aufzuwerfen, ob die geltend gewordenen Anſichten von der Anwendbarkeit und den Folgen und Wirkungen der Querel auch wirklich und klar in den Geſetzen begründet ſind?

Was nun zunächſt das Stadtrecht in Livland anbetrifft, ſo läßt ſich leicht das Gegentheil erweiſen. Denn die Rigiſchen Statuten erwähnen gar keiner beſonderen Rechtsmittel gegen Zwiſchenbeſcheide der Unterbehörden, und verſtehen unter Querelen nur Rechtsmittel gegen Definitivſentenzen in Sachen armer Perſonen oder Wittwen und Waiſen, oder in ſolchen, die von geringem Werthe ſind, oder wo periculum in mora iſt (Stat. Rig. Abgeänd. Art. Tit. 28. § 4.); im Uebrigen verordnen ſie in den abgeänderten Artikeln ad Tit. 31. § 2, daß gegen Interlocute des Raths bei Berufungen an die höhere Obrigkeit das Rechtsmittel der Appellation ſtattfinden ſoll, und zwar nur gegen ſolche Interlocute, die vim sententiae definitivae haben. Hiermit ſtimmt auch das bei den Livländiſchen Städten in subsidium gel-

tende römiſche Recht überein, indem es, zur Vermeidung des Verſchlepps der Sachen, zwar in L. 36. Cod. de app. (7. 62) alle Appellationen vor dem Endurtheil bei Strafe ganz verbietet, indeß zugleich dem ſich gravirt findenden Theile freiſtellt, die ihm durch ein Interlocut widerfahrene Rechtsverletzung in ſeiner Appellationsbeſchwerde gegen die Definitivſentenz auszuführen, (potest enim in appellatione — contra sententiam definitivam — omnia denudare) woraus denn auch von vielen Rechtslehrern mit Recht gefolgert wird, daß gegen ſolche Interlocute, welche dem gravirten Theile keine Gelegenheit mehr geben, ſeine Rechte in der Appellation gegen das Endurtheil geltend zu machen, was bei Interlocuten cum vi definitivae sententiae der Fall iſt, die Appellation ausnahmsweiſe zuläſſig ſei.

Anlangend die Beſtimmungen des Landrechts, ſo ſind ſolche über den fraglichen Gegenſtand folgende:

1) Königliche Reſolution vom 22. Septbr. 1671 (Landesordnungen) pag. 46. § X:

„daß ad unius partis instantiam die appellationes, ſo von ſchlechten Interlocutoriis oder Abſcheiden, die keine vim definitivae haben, vom Königlichen Landgericht nicht fort nachgegeben, und der Proceß dadurch ſtutzig gemacht werden möge.“

2) Proceß-Ordnung vom 4. Juli 1695. § 24 (L. O. Seite 628):

„—— und iſt Niemanden zugelaſſen, von ſolchen interlocutoriſchen Urtheilen zu appelliren, ſofern

nicht etwas iſt, ſo den Parten an der Hauptſache ſelbſt entweder binden oder beſchweren könnte.“

3) Landlag S. 351. not. a (Königlicher Brief an die Hofgerichte vom 5. Februar 1697):

„Wenn auch Jemand wegen ſtreitigen Zeugniſſes, ſonderlich aber in criminalibus, ſich über eine erhaltene Reſolution gravirt befindet, ſo ſoll er anſtatt rechtlicher Appellation dem Richter ſofort zu erkennen geben, daß er mit deſſen Ausſchlag nicht zufrieden ſei, auch ferner ohne Verzögerung ſeine Klage dawider ſchriftlich oder mündlich binnen halb ſo vieler Zeit, als ſonſt ordinarie nach dem Proceß an das Königliche Hofgericht zu gehen vergönnt wird, daſelbſt vortragen.“

Nach den beiden erſten Geſetzesbeſtimmungen iſt es wohl klar, daß auch das Landrecht nur gegen Interlocute, welche die Kraft von Endurtheilen haben, Rechtsmittel mit ſuspenſiver Kraft zuläßt. Eine Ausnahme wird durch das zuletzt angeführte Geſetz nur im Beweisverfahren wegen ſtreitigen Zeugniſſes in der Art zugelaſſen, daß gegen Interlocute in dergleichen Sachen Beſchwerden, mit halber Fatalienfriſt und ſonſtiger Abkürzung des Verfahrens, Statt finden können.

Später als die angeführten Geſetze iſt den Unterbehörden vom Livländiſchen Hofgerichte eine vom Könige Carl dem XII. aus Praga an das Stockholmſche Hofgericht erlaſſene Reſolution vom 15. April 1703 bekannt gemacht worden, worauf beſonders das gegenwärtige Verfahren in Querel-Sachen geſtützt wird. Es heißt

darin, daß in allen Präliminar- und Proceſſual-Zwiſtigkeiten (dieſelben allein ausgenommen, worin die Appellation durch eine oder die andere Königliche Verordnung vor dieſem ausdrücklich verboten zu ſeyn befunden werden möchte) ſtatt der ordinairen Appellation oder Reviſion, eine Beſchwerde mit abgekürztem Verfahren geſtattet ſein ſoll. Lieſt und prüft man dieſe Reſolution in ihrem ganzen Umfange, *) ſo drängen ſich unter andern folgende Zweifel auf, als nämlich:

---

*) Dieſelbe iſt in der Publication des Livländiſchen Hofgerichts vom 18. Juli 1703 enthalten, welche wörtlich lautet: „Wir Graff, Königlicher Rath und Präſident wie auch Vice-Präſes und ſämmtliche Aſſeſſores des Königlichen Hofgerichts in Livland: Fügen hiemit zu wiſſen: Waßmaſſen Ihro Königliche Majesté auf unterthänigſten Vortrag des Königlichen Stockholmiſchen Hoffgerichts, daß bei denen Gerichtsſtühlen ſonderlich in Criminal-Sachen ſich öffters zutragen ſolle, daß die Parten, welche das wenigſte Vertrauen zu der Rechtfertigkeit ihrer Sache haben, allerhand Neben quaestiones hervor ſuchen, ſelbige auch bey einem Gerichte zum andern, um die Zeit damit zu verſchleppen und der Iustice unbehinderlichen Lauff aufzuhalten, moviren ſollen, d. d. Prage d. 15. April a. c. eine ſolche Allergnädigſte Antwort ertheilet, daß höchſtgedachte Ihro Königliche Majesté umb ſolchen Verſchleppungen und Illuſionen der Iustice vermittelſt Suchung der Appellation und Reviſion in allen praeliminar und processual-Streitigkeiten, vor gut befunden, die fatalia darinn auf gleiche Weiſe abzukürtzen, als Ihro Hochſeeligen Königlichen Majesté es in denen Sachen, die Zeugen betreffend den 5. Febr. 1697 verordnet haben. Wie nun ſolchen Ihro Königlichen Majesté Allergnädigſten Willen und Verordnung die in Abweſenheit Hochgedachter Ihro Königlichen Majesté zu Adminiſtrirung der Iustice verordnete und bevollmächtigte Räthe, mittelſt dero Schreiben auch an dieſes Königliche Hoffgericht haben

1) was iſt unter Präliminar- und beſonders unter Proceſſual-Zwiſtigkeiten zu verſtehen?

---

gelangen laſſen, mit Begehren; daß allen und jeden ſolches zur Nachricht publiciret werde; Als wird allen und jeden unter dieſem Königlichen Hoff-Gerichte ſortirenden hiemit Kund gemacht: daß in allen praeliminar- und processual-Zwiſtigkeiten insgemein (dieſelben allein ausgenommen, worinn die Appellation durch ein oder andere Königliche Verordnung vor dieſem ausdrücklich verbothen zu ſeyn befunden werden möchten) derjenige, welcher durch die ausgefallene Reſolution ſich beſchwert zu ſein befindet, anſtatt der ſonſt zu ſuchenden rechtlichen Appellation oder ordinairen Revision, ſtracks ſich bey dem Richter anmelden, und daß Er mit dem gegebenen Ausſchlag nicht zufrieden ſey, Kund thun, desgleichen auch ohne Aufhaltung beym Oberrichter ſeine Beſchwerde münd- oder ſchriftlich, nemlich von den Unter-Gerichten in Städten an Bürgermeiſter und Rath im dritten Gerichtstage (es ſey denn, daß der Richter eine längere Zeit nöthig zu ſeyn prüfen würde) vortragen, die Sache auch ſodann Summario Processu und nach dem die Parten entweder mündlich oder allein vermittelſt einer Schrifft ein jeder ſeine Nothdurfft vorgetragen, aufgenommen und ſtracks abgethan werden, von Härads-Gerichten und andern dergleichen Gerichtsſtühlen, wie auch von Bürgermeiſter und Rath mögen die Parten innerhalb der Hälffte von der Zeit als ſonſt ordinair in den Proceſſen an die Hoff- und andere dergleichen Ober-Gerichte zukommen, vergönnet iſt, ſich angeben. Bey Ihro Königliche Majesté Iustitiae Reviſion aber muß ſolches ſtracks supplicando geſchehen, auch dannehſt innerhalb einer halb ſo langen Friſt als ſonſt vorgeſchrieben iſt. Worin mittelſt auch die Acta ſelbſt, nebſt dem Protocoll und rationibus sententiae in originali, wofern ſie weitläuftig ſind, ſambt des Klägers deduction einkommen, affterfolget und außgeführet werden ſollen. Woneben Ihro Königliche Majesté jedoch auch wollen, daß wofern jemand ohne rechte Erheblichkeit dergleichen Sachen von einem Gerichtsſtuhl zum andern zu ſchleppen geſuchet zu haben, würde befunden werden, derſelbe zu Erſtattung allen Schadenſtandes und Gerichtskoſten condemniret, und daneben als ein temere litigans büßen ſolle. Nach welcher Ihro Kö-

2) Sind nicht alle Querelen gegen ſolche Interlocute unſtatthaft, welche keine vim sententiae definitivae haben, da die vorangeführten Verordnungen die Appellation gegen dergleichen Interlocute ausdrücklich verbieten und die vorliegende Königliche Reſolution von 1703 im Fall des Beſtehens ſolcher Verordnungen die Beſchwerde oder Querel offenbar als unzuläſſig erklärt?

3) Welche Friſt ſoll zur Anmeldung der Querel Statt haben, da in der Königlichen Reſolution nur ganz unbeſtimmt geſagt iſt, daß der Querulant ſich ſtracks bei dem Richter anzumelden, und, daß er mit dem gegebenen Ausſchlag nicht zufrieden ſei, kund zu thun habe?

4) Iſt die Einforderung der Acten ſtatthaft
   a) nur bei Beſchwerden gegen Decrete des Hofgerichts an den König, oder auch bei denen gegen Decrete der Unterbehörden an das Hofgericht? und
   b) nur dann, wenn die Acten voluminös oder weitläuftig ſind, oder auch im entgegengeſetzten Fall? und endlich

5) Mit welcher Strafe ſoll der temere querulans

---

niglichen Majesté Allergnädigſten Verordnung ſich hinführo ein jeder zu richten und derſelben gehorſamſt nachzuleben ihm wird angelegen ſeyn laſſen. Signatum im Königlichen Hoff-Gericht, auf dem Königlichen Schloſſe zu Riga den 18. Juli A. 1703.“

belegt werden? da nur von einer Strafe, ohne Feſtſetzung des Maaßes, im Geſetze die Rede iſt.

Der Einfluß, den die Löſung dieſer Zweifel auf den ganzen Proceßgang in Civilſachen ausüben mußte, war zu groß und zu wichtig, als daß man ſich nicht hätte veranlaßt ſehen ſollen, über dieſelben eine Entſcheidung von der geſetzgebenden Autorität zu erbitten. Dieß unterblieb jedoch, und ſtatt deſſen hat man nach und nach die oben bemerkte Praxis nicht nur bei den Landes-, ſondern auch bei den, auf Rigiſches Recht ausdrücklich angewieſenen Stadtbehörden in Gang gebracht. Wie die angeführte Königliche Reſolution in Schweden ſelbſt erklärt und vervollſtändigt worden, läßt ſich aus einer im Jahre 1726 erſchienenen neuen Ausgabe des Landlagh und der darin angeführten Königlichen Reſolutionen von 10. März 1718, ſo wie aus dem auf dem ſchwediſchen Reichstage von 1734 angenommenen ſchwediſchen Geſetzbuche, beſtätigt von Sr. Kaiſerlichen Majeſtät für das Großfürſtenthum Finnland und im Jahre 1824 auf Allerhöchſten Befehl ins Ruſſiſche überſetzt, entnehmen.

Im Landlag von 1726 Seite 669 heißt es:

„In Präliminar-, Proceſſual- und Zeugen-Streitigkeiten wird keine Appellation zugelaſſen, ſondern der darin mit dem Ausſchlag Rechtens nicht zufrieden iſt, mag binnen zweimal 24 Stunden ſeine Unzufriedenheit zu erkennen geben, und wenn die Entſcheidung in der Hauptſache an den Oberrichter gelangt, darüber ſeine Beſchwerde anbringen. Königliche Majeſtät Reſol. den 10. März

1718. Iſt aber in Praeliminar- und Proceſſual-Streitigkeiten ſo entſchieden, daß derſelbe Richter ſich nicht mit der Hauptſache befaſſen und darin ein Urtheil fällen kann, ſo wie da der Richter den Beklagten von der Litiscontestation befreit, oder die Sache von ſich ſchiebt, ſo iſt die Appellation dawider zuläſſig."

Ferner im ſchwediſchen Geſetzbuche von 1734 wird verordnet: Proceß Cap. XVI: Ueber verſchiedene Einreden im Laufe des Proceſſes, ſo wie über Dilationen:

§ 1. „Wenn der Beklagte vor Gericht erſcheint, indeß einwendet, daß die Sache nicht vor den Richter zur Verhandlung gehöre, ſo hat der Richter ſolches zu unterſuchen und zu entſcheiden. Der unzufriedene Theil hat ſeine Unzufriedenheit ſogleich und nicht ſpäter als den folgenden Tag zu erklären, und ſodann ſeine Beſchwerde im Laufe der Hälfte der Friſt, welche für Appellationen von Lagmannsgerichten und von Stadträthen feſtgeſetzt iſt, im Hofgericht anzubringen. Der Richter hat in der Entſcheidung anzuführen, an welchem Tage vor 12 Uhr die zu beobachtende Friſt abläuft. Wenn der unzufriedene Litigant einer von dieſen Beſtimmungen nachzukommen verabſäumt, ſo verliert er das Recht, ſich hinſichtlich dieſes Gegenſtandes zu beſchweren, und iſt die Entſcheidung in der Hauptſache erfolgt, ſo muß er eine Pön von 20 Thalern oder auch mehr erlegen, ſobald ſich ergiebt, daß die Exception nur

in der Abſicht gemacht worden, um die Sache zu verzögern.“

§ 2. Hat er indeß ſeine Beſchwerde beim Hofgericht in der gehörigen Zeit verabreicht, ſo hat das Hofgericht dem Gegner bei einer Geldſtrafe einen Tag zur Erklärung, angemeſſen der Entfernung ſeines Wohnorts, zu beſtimmen; eben ſo hat es eine Erklärung von der Behörde einzuziehen, ſobald dazu eine Nothwendigkeit vorhanden iſt. Hierauf hat das Hofgericht ohne Verzug eine Entſcheidung auf die Beſchwerde zu treffen, und derjenige, der ohne Grund geklagt hat, iſt gehalten, eine Strafe von 30 Thalern oder auch mehr nach Beſchaffenheit der Sache zu erlegen. Wegen Abänderung einer ſolchen Entſcheidung kann der König nicht angegangen werden.“ — (Folgt das Querelverfahren in Sachen, die vom Hofgericht in 1ſter Inſtanz entſchieden worden.)

§ 3. „Wenn Jemand den Einwand macht, daß außer ihm auch andere in der Sache intereſſirt ſind, und daß ſie mit vor Gericht adcitirt werden müßten, um gemeinſchaftlich Rede zu ſtehen, ſo iſt auf gleiche Weiſe, wie oben bemerkt worden, zu verfahren.“

§ 4. „Macht indeß Jemand andere Exceptionen als hier angeführt ſind (exceptio fori incompetentis und plurium litis consortium), ſei es gegen den Richter oder den Gegner, oder wenn Jemand er-

klärt, daß er mit letzterem nicht ſtreiten wolle, oder wenn eine Exception, welcher Art ſie auch ſein möge, vor der Einlaſſung oder nach derſelben angebracht wird; ſo hat der Richter eine ſeparate Entſcheidung zu treffen, falls es die Sache erfordert, und muß in jedem Fall, gleichviel ob die Entſcheidung die Hauptſache betrifft oder nicht, die Verhandlung der Hauptſache ſogleich nach gefällter Entſcheidung fortſetzen, wenn gleich auch einer von den ſtreitenden Theilen ſeine Unzufriedenheit im Laufe der in den §§ 1. und 2. feſtgeſetzten Friſt verlautbart. Die höhere Inſtanz darf keine Querelen über Fehler im Proceß annehmen, ſo lange die Unterinſtanz nicht in der Hauptſache entſchieden hat. Wendet ſich der verlierende Theil mit einer Beſchwerde an den Oberrichter wegen der Hauptſache, alsdann iſt ihm geſtattet, zugleich auch wegen der ſeparaten, in den angeführten Fällen getroffenen Entſcheidungen Beſchwerde zu führen."

XI.

Das Römiſche Recht in dem Eſthländiſchen Ritter- und Landrecht.

Von C. O. v. Madai.

Fortſetzung.

Es ſind in dem Bisherigen nur die hauptſächlichſten, ſofort in die Augen ſfallenden Modificationen, die das Sctum Macedonianum in unſerm RR. erlitten hat, hervorgehoben worden. Wenden wir uns nun zu ſolchen Punkten, bei denen theils durch die abgeänderte Wirkung des Senatsconſults, theils durch das Ineinandergreifen der für filiifam. und Minderjährige geltenden verſchiedenen Rechtsprincipien, Zweifel mancherlei Art entſtehen.

1) Das von einem filiusfam., während er noch unter väterlicher Gewalt ſtand, contrahirte Darlehn wird gültig, wenn er, sui iuris geworden, daſſelbe in irgend einer Art, ſei es ausdrücklich oder ſtillſchweigend, z. B. durch theilweiſe Zahlung, anerkannt hat. [7]) Dies erklärt

---

7) L. 2 C. ad Sctum. Macedou. (4, 28) — Zenodorus si, cum sui iuris esse publice videretur, aut patris voluntate coutraxit, aut in eam rem pecunism sccepit, quae patris oueribus iucumberet, vel suae potestatis constitutus uovatioue facta fidem suam obligavit, vel alias agnovit debitum: uon esse locum decreto amplissimi ordinis, rationis est. Vgl. auch L. 7 § 16 D. ad Sct. Macedon.

ſich vom Standpunkt des Römiſchen Rechts aus auf ſehr natürliche Weiſe dadurch, daß in ſolchem Falle ein constitutum debiti proprii vorliegt, indem ja das von dem filiusfam. aufgenommene Darlehn, wenn auch keine obligatio civilis, ſo doch eine obligatio naturalis begründete, die erſt durch das ſpätere constitutum Klagbarkeit gewinnt. Wie aber verhält es ſich damit nach unſerm RR.? Es ſcheint des rechten Ortes, hier als eine Vorfrage die oben ohne weitere Begründung ausgeſprochene Behauptung, unſer RR. habe die Wirkungen des Sct. Macedonianum geſchärft, näher zu erörtern. Indem unſer RR. im Art. 2 ſagt „einem Minderjährigen ... ſoll man nicht leihen, oder es verlieret einer, was er ihm geliehen hat“, ordnet es den Verluſt des geliehenen Geldes offenbar als eine Strafe für den Gläubiger an. Daraus aber folgt, daß die Forderung in jeder Beziehung als eine nichtige, als eine obligatio lege reprobata, angeſehen werden müſſe. Von der Möglichkeit eines ſpäteren Giltigwerdens derſelben im Wege eines ſ. g. constitutum, etwa durch nachheriges Anerkenntniß der Schuld, kann mithin nicht die Rede ſein, da jedes constitutum mindeſtens die Exiſtenz einer obligatio naturalis vorausſetzt. Vielleicht aber möchte man ſo argumentiren: erkennt der filiusfam., nachdem er sui iuris geworden, das empfangene Darlehn an, und verſpricht es zu bezahlen, ſo entſpringt aus dieſem Verſprechen eine neue vollkommen klagbare Obligation. Allein dann würde es ja in der Macht des Schuldners liegen, den Gläubiger einer Strafe, die gegen denſelben im öffent-

lichen Intereſſe verhängt worden iſt, beliebig zu entziehen, und ſo dürfte richtiger im Sinne unſers Ritterrechts die ſpätere Ratihabition das von dem filiusfamilias empfangene Darlehn keineswegs gültig machen. Daß nach Röm. Recht das Gegentheil ſtattfindet, erklärt ſich ſehr wohl. Zwar iſt auch hier die exceptio Scti Macedoniani als eine Strafe für den Gläubiger zu betrachten: allein nicht das Recht auf die dem filiusfam. geliehene Geldſumme, ſondern nur das Recht, ſie einzuklagen, iſt hier dem Gläubiger entzogen, und ſomit handelt der filiusfam., der sui iuris geworden, dennoch die Schuld bezahlt, oder auf ein constitutum ſich einläßt, durchaus nicht gegen das Geſetz, wie dies bei unſerm RR. der Fall ſein würde.

2) Nach Röm. R. kann der filiusfam. bei Aufnehmung eines Gelddarlehns einen Bürgen ſeinem Gläubiger ſtellen. Die Sicherheit, die dieſer letztere dadurch gewinnt, iſt freilich gering, indem ja auch dem Bürgen gegen die Klage des Gläubigers die exceptio Scti Macedoniani zuſteht. [8]) Nach unſerm RR. dagegen dürfte überhaupt die Möglichkeit einer Bürgſchaft für Geldſchulden eines filiusfam., wie eines Minderjährigen, im Allgemeinen in Abrede geſtellt werden müſſen, da theils eine obligatio accessoria ohne obligatio principalis undenkbar, und theils entgegengeſetzten Falls die dem

8) L. 9 § 3 D. ad Sct. Macedonianum. L. 7 § 1 D. de exceptionibus.

Gläubiger von dem Geſetze zugedachte Strafe des gänzlichen Verluſtes ſeiner Forderung leicht umgangen werden könnte. Ausnahmen, die jedoch in der Natur der Sache begründet, laſſen ſich freilich auch hier denken. Uebernimmt nämlich jemand im Auftrage des Vaters die Bürgſchaft bei Contrahirung eines Darlehns durch den filiusfam., ſo iſt nicht nur dieſe Bürgſchaft an ſich rechtsbeſtändig, ſondern auch der Bürge zur Zahlung ohne Rückſicht auf das Sctum Macedonianum verpflichtet. Denn in dem Auftrage des Vaters, ſich zu verbürgen, liegt nicht nur das Wiſſen, ſondern auch die Genehmigung der Schuld. Ausdrücklich aber zählt unſer RR. zu den Fällen, wo ausnahmsweiſe der Gläubiger, was er geliehen hat, nicht verliert, den: da der „Vater oder Vormünder davon gewußt, daſſelbe aber nicht widerſprochen, oder daß es aus ihrem Befehl geſchehen wäre.“ Ganz ähnlich entſcheidet den vorerwähnten Fall ſchon Ulpian nach Römiſchen Recht, [9]) denn auch nach dieſem hebt das Wiſſen des Vaters um die Eingehung des Darlehns durch ſeinen Sohn das Sctum Macedonianum auf.

3) Borgt ein filiusfam. dem andern Geld, ſo bleibt nach Röm. Recht die Anwendung des Sct. Macedoniani ausgeſchloſſen, weil, wie Ulpian ſagt: [10]) mutua pecunia non sit, quamvis liberam peculii ad-

---

9) L. 9 § 3 D. ad Sct. Macedon.
10) L. 3 § 1 D. eod.

miniſtrationem habuit: non enim perdere ei peculium pater concedit, cum peculii administrationem permittit: et ideo vindicationem numorum patri superesse ait. Wie nun verhält ſich dies nach unſerm RR.? Sofern der Art. 2. ohne weitere Unterſcheidung der Perſon des Gläubigers ganz allgemein verordnet: derſelbe ſolle, was er geliehen hat, verlieren, ſcheint auch der Gläubiger, der ſelbſt nach filiusfam., mit unter dem Geſetz begriffen zu ſein. Der mögliche Einwand, daß, da das Sctum Macedonianum ſeinem weſentlichen Inhalt nach, in unſer RR. aufgenommen worden, auch die ſchon im Römiſchen Recht davon begründeten Ausnahmen als mit recipirt zu betrachten ſeien, wird dadurch entkräftet, daß unſer RR. dem Senatusconſult, durch Ausdehnung deſſelben auf die Minderjährigen, nicht nur einen größern Umfang, ſondern ſelbſt eine veränderte Wirkung gegeben, ſo daß daſſelbe in der That einen neuen Character gewonnen, über deſſen Natur und Modificationen nicht wohl die Beſtimmungen des Römiſchen Rechts entſcheiden können. Erwägt man nun noch dazu, daß die dem Römiſchen Recht eigenthümlichen Rechtsgrundſätze über die Peculien, wenigſtens in ihrer Strenge, in unſer RR. nicht übergegangen ſind, ſo dürfte ſelbſt der Grund, aus dem Ulpian die Anwendbarkeit des Sct. Macedonianum auf die von einem filiusfam. dem andern gegebenen Geldđarlehne in Abrede ſtellt, als weggefallen anzuſehen, und ſomit das Darlehn zwar an ſich begründet, allein in Folge des Art. 2., der Gläubiger deſſelben verluſtig

geworden ſein. Indeß erleidet dieſes, wenn der das Darlehn gebende filiusfam. ſelbſt noch minderjährig, eine gleich weiter zu erörternde Ausnahme. Wenn nämlich

4) ein Minderjähriger dem filiusfam. Geld vorſtreckt, ſo ſoll nach Römiſchen Recht das Sctum Macedonianum unter Umſtänden ceſſiren. Ulpian unterſcheidet hier, ob der Gläubiger noch Pupill oder minderjährig. In pupillo, ſagt er, [11]) etiam alia ratione debuit . . . cessare Senatusconsultum: quod mutua pecunia non sit, quam sine tutoris auctoritate pupillus dat, während er über den Minderjährigen ſich dahin äußert: sed in minore caussa cognita, et a Praetore succurrendum, d. h. dem Minderjährigen kann hier nur durch in integrum restitutio gegen das eingegangene Darlehn geholfen werden, wie es denn auch an einem andern Orte [12]) heißt: „Plane si minor annis cum filio familias maiore contraxerit: et Iulianus libro 4 Digestorum, et Marcellus libro 2 Digestorum scribit, posse in integrum restitui: ut magis aetatis ratio, quam Senatusconsulti habeatur.“ Die Begünſtigung der Minderjährigen geht alſo zwar den Vorſchriften des Sctum Macedonianum vor, iſt aber nicht ſo ſtark, daß, wie bei dem Pupillen, das Gelddarlehn ſchon an ſich nichtig wäre und ſofort zu-

11) L. 3 § 2 D. ad Sct. Macedonianum.
12) L. 11. § 7 D. de minoribus.

rückgefordert werden könnte, ſondern es bedarf einer in integrum restitutio, deren übrige Bedingungen daher auch vorhanden ſein müſſen. Unſer Ritterrecht nimmt zwar auch auf dieſen Fall, da ein Minderjähriger dem filiusfam. Geld geborgt, in dem Art. 2 keine ausdrückliche Rückſicht, indeß reichen hier die ſonſtigen Beſtimmungen deſſelben über die Handlungen von Unmündigen aus. Es verordnet nämlich

> Buch II. Tit. 8, Art. 2. „Unmündige Kinder, (wohin nach dem heutigen Recht alle diejenigen, die unter 21 Jahren alt ſind, gehören) ſein nicht mächtig, ſelber zu Rechte zu ſtehen . . . zu verkaufen, zu kaufen, noch auf einzige Wege ihre Güter ſelber zu verwalten, beſondern was alſo ohne Vormünder und Curatoren von ihnen geſchicht, oder gethan wird, daſſelbe wird zu Rechte unkräftig gehalten, und haben die Unmündigen, wenn ſie zu ihren Jahren kommen, ſich des beneficii restitutionis in integrum, zu gebrauchen."

Sofern nun die Hingabe eines Darlehns offenbar eine Veräußerung iſt, muß dieſelbe, wo ſie von einem Unmündigen ohne Zuziehung ſeines Vormundes ausgeht, auf Grundlage des eben erwähnten Art. 2. als eine „zu Recht unkräftige Handlung" angeſehen und dem Unmündigen, „wenn er zu ſeinen Jahren gekommen, ſich des beneficii restitutionis in integrum zu gebrauchen" geſtattet werden. In dieſer Weiſe derogirt der Art. 2. des Titels 8. Buch II. unſerm in Rede ſtehenden Art. 2.

Tit. II. Buch IV. Aus eben dieſem Grunde aber dürfte anzunehmen ſein, daß, wenn auch das von einem filiusfam. dem andern gegebene Darlehn, wie unter Nr. 3. dargethan, dem Gläubiger verloren geht, dies doch eine natürliche Ausnahme erleidet, wenn der filiusfam. zur Zeit des hingegebenen Darlehns ſelbſt noch minderjährig geweſen.

5) Durch die Ausdehnung des Sct. Macedonianum auf Minderjährige entſteht noch die den beiden vorigen verwandte Frage, wie es zu halten, wenn ein Minderjähriger dem andern Minderjährigen, der ebenfalls nicht mehr filiusfam., Geld geborgt? Das Römiſche Recht, das hier nur die Grundſätze der in integrum restitutio zur Anwendung bringt, entſcheidet zu Gunſten des Schuldners, der das empfangene Geld bereits verſchleudert hat. Ulpian bemerkt hierüber [13]: „Item quaeritur, si minor adversus minorem restitui desiderat, an sit audiendus? Et Pomponius simpliciter scribit, non restituendum. Puto autem inspiciendum a Praetore, quis captus sit: proinde si ambo capti sunt, verbi gratia minor minori pecuniam dedit, et ille perdidit: melior est caussa secundum Pomponium eius, qui accepit et dilapidavit vel perdidit.“ — Nach unſerm RR. dagegen muß unſers Erachtens das von dem Minderjährigen ohne Conſens des Vormundes gegebene Darlehn als an ſich unkräftig angeſehen, und

13) L. 11 § 6 D. de minoribus (4, 4).

deshalb dem Gläubiger die Vindication des Geldes, oder, wenn dieſes bereits verausgabt, eine condictio auf Erſatz geſtattet werden.

6) Das Römiſche Recht läßt die Vorſchrift des Sct. Macedonianum ceſſiren, wenn der Gläubiger, durch einen error probabilis verleitet, den Empfänger des Darlehns für einen homo sui iuris gehalten, z. B. derſelbe als ein ſolcher ſich öffentlich gerirte. [41]) Indem nun unſer RR. die Vorſchrift des Sct. Macedonianum auch auf Minderjährige übertragen, entſteht die Frage, ob bei uns das Nichtwiſſen des Gläubigers, daß der Schuldner ein Minderjähriger oder ein filiusfam., den Verluſt des Darlehns verhindere. Es ſind hier zwei Anſichten möglich, deren eine etwa ſo argumentiren würde. Indem das Ritterrecht das Sct. Macedonianum recipirte, nahm es zugleich die davon nach Röm. Recht beſtehenden Ausnahmen auf. Wenn demnach das Darlehn, falls der Gläubiger nicht wußte, daß ſein Schuldner noch ein filiusfam., gültig iſt, ſo muß daſſelbe angenommen werden, wenn der Irrthum des Gläubigers die Volljährigkeit des Schuldners betrifft. Die andere Anſicht dagegen würde ſich dahin vernehmen laſſen: Nicht das Sct. Macedonianum mit ſeinem ganzen Inhalt und ſeinen etwaigen Beſchränkungen, ſondern nur einzelne Beſtimmungen deſſelben hat unſer RR. recipirt, wie ſich ſchon deutlich aus den Abänderungen ergiebt, die das Sct.

41) L. 3 pr. D. ad Sct. Maced. und L. 2. C. pr. eod.

Macedonianum im RR. erfahren. Demnach gilt das Sct. bei uns auch nur, ſo weit es in den einheimiſchen Rechtsquellen begründet. Erwähnt nun das RR. im Art. 2 des Falles, da der Gläubiger über das Alter oder die Familienverhältniſſe ſeines Schuldners irrt, als eines Ausnahmefalles nicht, ſo dürfen auch wir ſolche Unterſcheidung nicht hineintragen.

Welche von beiden Anſichten nach des Verf. Meinung die richtigere, dürfte aus dem was ſchon oben über das Verhältniß des Röm. Rechts und namentlich des Sct. Macedonianum zu dem Art. 2 unſeres RR. erwähnt worden, ſich von ſelbſt ergeben.

II.

Ueber die Zeit der Rückforderung eines Darlehns.

Wenn bei Abſchließung eines Darlehns die Zeit der Rückgabe von den Parteien durch Uebereinkunft feſtgeſtellt iſt, ſo ſoll auch nach unſerm RR. Art. 5 des vorliegenden Titels der Schuldner nicht „vor der Zeit gemahnt werden.“ Ja es ordnet unſer RR. eben daſelbſt ausdrücklich die in L. 1. C. de plus petit. verhängten Strafen der vorzeitigen Rückforderung an, mit dem Hinzufügen: „es könnte denn der Creditor beweiſen, daß der Schuldner in Unvermögen gerathen, oder daß er flüchtig werden wollte, auf welche Fälle er für die Zeit billig zu hören, und ihm zur Caution und Verſicherung wider den Debitoren zu verhelfen.“ Eine Eigenthümlichkeit findet ſich indeß für den Fall, da die Zeit der

Rückzahlung des Darlehns unbeſtimmt geblieben. Hier verordnet unſer RR.

> Art. 6. Wäre aber bei der Entlehnung keiner gewiſſen Zeit zu der Bezahlung oder Widererſtattung gedacht, noch dieſelbe beſtimmet, ſo kann dennoch der Gläubiger das Geliehene nicht alſobald wiederfordern, beſondern er muß es den Debitoren oder Schuldener erſtlich gebrauchen laſſen, und im Fall die Parten ſich der Zeit halben nicht vergleichen können, ſoll ſolches zu des Richters Ermeſſen ſtehen.

Bekanntlich giebt das Römiſche Recht dem Gläubiger in ſolchem Falle die Befugniß, das Darlehn zurückzufordern, wann er will. Man könnte nun vielleicht an eine reine, ohne Einfluß des Römiſchen Rechts entſtandene Abweichung von demſelben denken, und dann würde freilich der vorliegende Artikel nicht in den Kreis unſerer Betrachtung gehören, deren Gegenſtand ja nur die Umbildungen ſind, die das Röm. Recht in unſerm RR. erfahren. Allein die dem Artikel unterſtellten Citate laſſen auch hier jeden Zweifel verſtummen. Es ſind dieſelben entlehnt aus den Pandectentiteln commodati und de verborum obligationibus, und zwar ſtützt unſer RR. den erſteren Satz, daß „der Gläubiger das Geliehene nicht alſobald wiederfordern, beſonderen es den Schuldner erſtlich gebrauchen laſſen“ müſſe, auf L. 17. § 3. D. commodati und L. 105. D. de v. o. Die letztere dieſer Stellen gehört gar nicht hierher, allein die erſtere verbreitet deſto mehr Licht über die Entſte-

hung der erwähnten Beſtimmung unſers RR. Offenbar nämlich hat daſſelbe hier die Begriffe von mutuum und commodatum verwechſelt, wozu die gleiche Ueberſetzung beider durch das deutſche Wort „Leihen“, nicht wenig beitragen mochte. So lautet die Ueberſchrift des Titel II. unſers Buches: „Vom Entlehnen und Leihen oder Borgen, zu Latein mutuum genannt“, ſo wie die des Titel IV. deſſelben Buchs: „vom Leihen zu ziemlichem Gebrauch, commodatum genannt“, und auch ſonſt wird in beiden Titeln mit denſelben Worten Entlehner und Leiher, der Schuldner und der Gläubiger in dem einen wie dem andern Rechtsgeſchäft bezeichnet. Wie leicht alſo konnte hier eine Verwechſelung der beiden Rechtsverhältniſſe eintreten. Dabei aber hat freilich unſer RR. den Grund, weshalb eine Uebertragung der Grundſätze des Commodats auf das Darlehn juriſtiſch unzuläſſig, überſehen. Beim Darlehn wird der Entlehner, „ſobald er das geliehene Geld oder Guth empfangen und in ſeine Gewehr gebracht, ein Herr deſſelben“, [15]) mithin hört in demſelben Augenblick das Eigenthum des Darleihers auf. Der Empfänger gebraucht von jetzt an nicht mehr die fremde, ſondern die eigene Sache, und ob dieſer Gebrauch wirklich eintrete oder unterbleibe, iſt für den Gläubiger gleichgültig. Der Gläubiger dagegen gewinnt in dem Moment der Hingabe und dem dadurch bedingten Verluſt ſeines Eigenthums einen Anſpruch auf Erſtattung eines dem Hingegebenen völlig gleichen Quan-

15) B. IV. Tit. 2. Art. 4.

tums, und dieſer Anſpruch iſt durchaus unabhängig von dem Umſtande, ob der Schuldner das ſeinerſeits Empfangene bereits zu dem von ihm beabſichtigten Zweck benutzt hat, oder nicht. Unzweifelhaft kann der Gläubiger auf die ſofortige Geltendmachung dieſes ſeines unbedingten Anſpruches, durch Bewilligung einer Zahlungsfriſt verzichten, allein ſo lange dies nicht geſchehen, liegt das augenblickliche Zurückforderungsrecht des gleichen Quantums in der Natur des Darlehns. Ganz anders verhält es ſich beim Commodat. Hier bleibt der Darleiher Eigenthümer. Der Empfänger nützt die fremde Sache, wiewohl mit der Bewilligung ihres dominus. Die Hingabe zur Benutzung (nicht wie beim Darlehn Eigenthumsübertragung) iſt der Zweck und das Weſen des Commodats, und ſomit würde die ſofortige Zurückforderung der Sache, noch ehe der beabſichtigte Gebrauch derſelben eingetreten, das Weſen des Vertrags vernichten, gleichſam eine contradictio in adiectio ſein. Beim Darlehn hört die hingegebene Sache für den Darleiher gewiſſermaßen auf, als eine species zu exiſtiren, ſie lebt für ihn nur noch als genus fort: beim Commodat hingegen bleibt ſie auch für den Darleiher eben dieſe, nämlich ſeine species, und ſomit ſteht die Uebertragung der Grundſätze des Commodats auf das Darlehn, mit dem Begriff des letztern in Widerſpruch.

Erwägen wir nun die weiteren Folgen ſolcher Uebertragung. Indem unſer RR. ſagt: „der Gläubiger kann das Geliehene nicht alſobald wieder fordern, beſondern er muß es den Debitoren erſtlich gebrauchen laſ-

ſen", macht es das Rückforderungsrecht von dem geſchehenen Gebrauch des geliehenen Geldes u. ſ. f. abhängig. Wird alſo dieſer durch Zufall verhindert, oder ganz unmöglich, ſo müßte conſequent das Rückforderungsrecht des Gläubigers bis in alle Ewigkeit ſuspendirt bleiben, wie denn beim Commodat die Gefahr des zufälligen Untergangs auch von dem Darleiher getragen wird. Und gleichwohl beſtimmt auch unſer RR. ausdrücklich: [16]) „es ſtehet aller Sachen Schaden und Gefahr, die mit dem Geliehenen ſich begiebt, auf ihm; und ob daſſelbe auch ganz verdürbe oder verloren würde, iſt und bleibet der Debitor nichtsdeſtoweniger den Gläubiger oder Leiher zu befriedigen ſchuldig." Widerſprüche der Art ſind jederzeit die unvermeidliche Folge unklarer Begriffe und dadurch herbeigeführter Uebertragung von Rechtsgrundſätzen an ſich verſchiedener Rechtsverhältniſſe aufeinander. Wohl haben dieſe Schwierigkeiten die Verfaſſer unſers RR. gefühlt, und deshalb, endloſe Weiterungen abzuſchneiden, dem richterlichen Ermeſſen die Entſcheidung darüber anheimgeſtellt, wann das Rückforderungsrecht für den Gläubiger begründet ſei, auch hier wieder auf eine Stelle des Römiſchen Rechts (die L. 137. § 2. D. de v. oblig.) ſich ſtützend, die von ganz anderen Verhältniſſen handelt. [17]) Allein wie ſchwierig iſt hiernach

16) RR. Buch IV. Tit. 2. Art. 4.

17) Es heißt darin, der Richter ſolle, wenn die Entrichtung eines Darlehns an einem dritten Ort verabredet worden, mit Rückſicht auf die Möglichkeit den Zahlungsort zu erreichen, die

die Lage des Richters, wie drückend die des Gläubigers. Geſetzt, ich gebe einem Kaufmann Geld, der damit nicht ſowohl unmittelbar eine Speculation machen, vielmehr es nur zu einem Reſervefonds benutzen will, um deſto ſicherer den größten Theil ſeiner eigenen Capitalien zu einer weit ausſehenden Speculation benutzen zu können. Soll der Gläubiger hier „den Schuldner das Geliehene erſt gebrauchen laſſen“, ſo iſt das Rückforderungsrecht in die fernſte Zeit hinausgeſchoben, ganz abgeſehen davon, daß der Begriff des Gebrauches einer Sache ein ſehr relativer und für die richterliche Entſcheidung und Beurtheilung oft unendlich ſchwieriger iſt.

Noch eine andere Schwierigkeit entſteht aus dem Art. 6. unſers RR. Nach Röm. Recht kann, wie die Rückforderung des Darlehns, ſo auch die Mahnung ſofort erfolgen, und dadurch eine Mora, mithin der Anſpruch auf Verzugszinſen, begründet werden. Wie nun verhält ſich dies nach unſerm RR.? Conſequent kann danach freilich Mahnung, alſo auch Verzug und die Verpflichtung des Schuldners zu Verzugszinſen erſt eintreten, wenn „der Gläubiger den Schuldner das Gelie-

---

Zeit der Rückzahlung beſtimmen. Hier hat die richterliche Entſcheidung allerdings allgemeine Anhaltspunkte, theils die Größe der Entfernung, theils die größere oder mindere Leichtigkeit der Communication. Die hier zu beſeitigenden Hinderniſſe ſind mehr objectiven Characters; anders die Möglichkeit und Erſprießlichkeit des Gebrauchs eines gegebenen Darlehns, wobei ſo viel auf die ſubjective Anſicht und das Belieben des Empfängers ankommt.

hene gebrauchen laſſen“. Allein es giebt ja auch Fälle einer ſ. g. mora ex re, die, wie die Lehre von dem Verzuge überhaupt in unſerm RR. nicht ausdrücklich erwähnt, aus dem gemeinen Recht in die Praxis übergegangen ſind. So die mora ex re gegen den abweſenden Schuldner. Gemeinrechtlich würde dieſer ſofort zur Entrichtung von Verzugszinſen verpflichtet ſein, während, folgen wir dem Art. 6., dieſer Anſpruch erſt nach verhältnißmäßiger Gebrauchszeit eintreten könnte. Gerade in ſolchen Fällen eigentlichen Conflicts zeigt ſich am deutlichſten, wie ſehr es von practiſcher Wichtigkeit ſei, die in unſerm RR. ausgeſprochenen Grundſätze ſtrenger Zergliederung und Prüfung zu unterwerfen, indem dadurch allein eine ſichere und einſichtsvolle Anwendung derſelben gewonnen werden kann.

III.

Vindication der dargeliehenen Summe.

Wie in dem Art. 6, ſo dürfte auch in dem Art. 7 eine Verwechſelung der Begriffe Commodat und Darlehn, und dadurch veranlaßte Uebertragung der für jenes geltenden rechtlichen Beſtimmungen auf dieſes, obwalten. Es lautet nämlich

> Art. 7. Es mag kein Creditor oder Gläubiger dasjenige, was er einem geliehen, und in des Schuldners Gewehr einmal kommen laſſen, bei einem Dritten, in deſſen Hände es mit gutem Titul gekommen, anſprechen noch fordern, beſon-

dern er muß ſich an ſeinen Debitoren, dem er einmal getrauet, halten.

Beim erſten Anblick ſcheint dieſer Artikel, beurtheilen wir ihn nach ſeinem Inhalt, ſich lediglich auf das Commodat zu beziehen. Da nämlich 1) beim Darlehn das Eigenthum auf den Schuldner, ſobald es in deſſen Gewehr gekommen, ſofort übergeht, mithin in eben demſelben Augenblick das des Gläubigers erliſcht, ſo folgt von ſelbſt, daß dieſer letztere gegen Dritte, die in den Beſitz des dargeliehenen Geldes gelangen, keinen rechtlichen Anſpruch haben kann. Somit würde der Art. 7, beziehen wir ihn auf das Darlehn, etwas durchaus Ueberflüſſiges enthalten. Noch andre Gründe dürften die Deutung deſſelben auf das Commodat rechtfertigen. Es heißt 2) der Gläubiger ſolle das Geliehene nicht anſprechen bei einem Dritten „in deſſen Hände es mit gutem Titel gekommen". Damit ſcheint angedeutet, daß wenn dies letztere nicht der Fall, d. h. wenn etwa ein Dritter unredlicher Weiſe, z. B. durch Diebſtahl des Geliehenen ſich bemächtigt, das Vindicationsrecht des Gläubigers eintrete. Vergleichen wir nun damit, daß nach Buch IV. Tit. 4 § 2 unſers RR. der Commodatar für die Entwendung der ihm geliehenen Sache nicht aufzukommen braucht, und daß ferner in eben dieſem Tit. 4. eine Beſtimmung für den Fall ſich findet, da der Commodatar die ihm geliehene Sache einem Dritten rechtmäßig übertragen, z. B. verkauft, ſo gewinnt die Vermuthung, daß unſer Art. 7. vom Commodat handle, ein neues Gewicht. Ja eine

weitere Beſtätigung ſcheint endlich 3) in den Schlußworten unſers Artikels „er muß ſich an ſeinen Debitoren, dem er einmal getrauet, halten“ zu liegen, die offenbar nur eine Umſchreibung der Deutſchen Rechtsparömie „Hand muß Hand wahren“ ſind. Dieſe aber kann ihrer Natur nach nur bei Sachen, die Gegenſtand der Reſtitution in specie ſind, in Betracht kommen, nicht bei fungibeln, wo der Empfänger zum debitor generis wird, der Anſpruch des Gläubigers mithin der Natur der Sache nach nicht über die Perſon des Schuldners hinausgehen kann, während jene Rechtsparömie doch eben bezeichnen ſoll, daß in dem einzelnen Fall ein von der Römiſchen Vindicationstheorie abweichendes Princip eintrete. Wo alſo, wie z. B. beim Darlehn, keine Vindication nach Röm. Recht, da findet auch die Regel: „Hand muß Hand wahren“ keine Anwendung. Dies die Gründe, welche die Annahme zu rechtfertigen ſcheinen, daß unſer Art. 7. nicht vom Darlehn, vielmehr vom Commodat handle, eine Anſicht, der auch v. Bunge [18]) in ſeiner trefflichen Darſtellung des „Liv- und Eſthländiſchen Privatrechts“ huldigt.

Erwägen wir indeſſen auf der andern Seite die, wie doch anzunehmen, nicht zufällige Stellung unſers Artikels in dem Titel: „von Entlehnen und Leihen oder Borgen, zu Latein mutuum genannt“, erwägen wir ferner die dem Art. 7. unterſtellten Citate aus dem Röm.

---

18) Vgl. F. G. v. **Bunge** das Liv- und Eſthländiſche Privatrecht. Buch II. Tit. 4. Art. 2. § 136 № 2.

Recht, ſo dürfte die entgegenſtehende Behauptung, daß die Verfaſſer unſers RR. allerdings hier an das Darlehn dachten, nicht unbegründet ſein. Dieſe Citate ſind, die L. 13 und 15 C. si certum petatur, die L. 10 § 1 D. qui satisdare und L. 3 D. de fideiussoribus. Indeß die beiden letzteren gehören, ihrem ganzen Inhalte nach, augenſcheinlich nicht hieher. Sie ſind entlehnt aus dem gleichzeitig citirten Mevius comm. in ius Lubec. L. III. tit. 2. art. 2., der hier von der Deutſchen Rechtsparömie „Hand muß Hand wahren“ in Beziehung auf das Commodat und bonae fidei contractus, nicht aber das Darlehn, handelt. Von Erheblichkeit für die Erklärung unſers Artikels ſind dagegen die aus dem Codex entlehnten Stellen. Beide handeln vom Darlehn, und in einer Weiſe, daß ſie auch nicht einmal der entfernteſten Deutung oder analogen Anwendung auf das Commodat fähig ſind. In der erſteren [19]) derſelben, einem Reſcripte Diocletians und Maximians, heißt es: „wenn jemand Geld aufnimmt, um es zum Beſten der Sachen eines Andern zu verwenden, und der Gläubiger giebt es ihm, ohne beſondere Rückſicht auf den Eigenthümer der Sachen, ſo bleibt er ſelbſt, der urſprüngliche Debitor, principaliter verpflichtet.“ In der L. 15 C. cit. [20]), von denſelben Kaiſern erlaſſen: „nimmt

19) L. 13 C. si certum petatur (4, 2) — eum, qui mutuam sumpsit pecuniam, licet in res alienas, creditore non contemplatione domini rerum eam foenori dante: principaliter obligatum obnoxium remanere oportet.

20) L. 15 C. eod. — Non ad versus te creditores, qui mutuam

jemand Geld auf, und verborgt es weiter, ſo hält ſich der Gläubiger an ihn, nicht an die weiteren Empfänger". Gerade dieſe letztere Stelle ſcheint den Verfaſſern des RR. vorgeſchwebt zu haben, und beſtätigt ſomit am ſchlagendſten die Behauptung, daß unſer Art. 7. nicht auf das Commodat, vielmehr auf das Darlehn zu beziehen ſei. Indem nun aber die Verfaſſer des RR. die an ſich ganz richtige Entſcheidung des Art. 7., nicht, wie das Röm. Recht, aus der Natur des Darlehns, vielmehr aus dem Grundſatz „Hand muß Hand wahren" herleiteten, übertrugen ſie, vielleicht unbewußt, die Grundſätze des Commodats auf das Darlehn.

Erwägen wir nun ſchließlich die practiſchen Folgen ſolcher Uebertragung. Nach Römiſchem Recht kann ſich der Gläubiger in jedem Fall nur an den Schuldner halten, ſei es daß dieſer ſelbſt noch im Beſitz des Empfangenen Darlehns, oder nicht. Unſer RR. dagegen entzieht dem Gläubiger das Recht, was er geliehen anzuſprechen nur „bei einem Dritten, in deſſen Hände es mit gutem Titul gekommen". Wird alſo dem Schuldner der von dem Gläubiger empfangene noch unentſiegelte Beutel mit Geld entwendet, ſo kann der Gläubiger, der davon Kunde erhielt, gegen den Dieb, wie gegen jeden dritten unredlichen Beſitzer, die rei vindicatio anſtellen. Wichtig wird dies, auch für den Fall des Concurſes, denn während nach Röm. Recht der Gläubiger in Beziehung

sumpsisti pecuniam, sed eius, cui hanc crediderat, heredes experiri, contra iuris formam evidenter postulas.

auf dieſes Darlehn immer nur als Concursgläubiger auftreten und zur Perception kommen würde, erſcheint er in dem angegebenen Falle nach unſerm RR. als Vindicant; eben ſo beim Tode des Schuldners, während er nach Röm. Recht als Erbſchaftsgläubiger ſich an den vielleicht unbegüterten, inſolventen Erben halten, und erzwungenen Nachlaß gefallen laſſen müßte.

IV.

Die exceptio non numeratae pecuniae.

Die Beſtimmungen des Römiſchen Rechts über die exceptio non numeratae pecuniae ſind zwar der Hauptſache nach in das RR. übergegangen, indeß finden ſich dabei einige nicht unweſentliche Abänderungen, ſowohl hinſichtlich der Dauer, wie der Wirkungen der exceptio. Es heißt nämlich:

> Buch IV. Tit. 2. Art. 10. Es muß aber ſothane Exception wider den Gläubiger innerhalb Jahres-Friſt rechtlich eingewendet werden, damit der vermeinte Gläubiger durch Rechtszwang dem Leiher ſeine ausgegebene Obligation wiederum zu ſtellen, oder ihm auch das Geld oder Gut auf ſolche Verſchreibung folgen laſſen müſſe, und ſoll derjenige, der in ſolcher Unrechtfertigkeit betreten wird, in der Obrigkeit willkührliche Strafe verfallen ſein; welche Strafe auch der Debitor zu gewarten hat, der das Geld oder Gut empfangen zu haben auf beſchehenes Verleugnen überwunden wird.

1) Das Römiſche Recht läßt bekanntlich die exceptio n. n. pecuniae zwei Jahre lang, von dem Tage des ausgeſtellten Empfangſcheines an, zu [21]); das RR. dagegen beſchränkt dieſe Friſt auf ein Jahr, wobei ſich freilich das aus dem Römiſchen Recht dafür entlehnte Citat (die L. 14 C. de n. n. pecunia) etwas ſeltſam ausnimmt. Was die Verfaſſer des RR. zu dieſer Friſtverkürzung bewogen, iſt ſchwer zu ermitteln. Zwar erſehen wir aus dem Codex Hermogenianus [22]), daß vor Einführung der fünfjährigen Dauer der exceptio n. n. pecuniae, eine nur einjährige gegolten, ſchwerlich aber dürfte dies den Verfaſſern des RR. bekannt geweſen ſein. Vielleicht daß ſie, die Begriffe Quittung und Empfangſchein nicht genau unterſcheidend, die Differenz der gemeinrechtlich für dieſelben geltenden Friſten zu groß fanden, und deshalb die letztere verkürzten, zumal Juſtinian früher auch die exceptio n. n. dotis auf 1 Jahr beſchränkt hatte. [23])

---

21) L. 14 pr. C. de non numerata penuuia (4, 30). — Vor Juſtinian war dieſe Friſt eine fünfjährige; vgl. tit. I. de litterarum obligationibus (3, 21).

22) Codicis Hermogeuiani Fragmenta tit. 1. — ex cautioue (al. exceptionem) non numeratae pecuniae uou anni, sed quinquennii spatio deficere, uuper censuimus. Dieſe Verordnung führt die Inſcription „Aurelius Alexio“. Ueber ihren Urheber, wahrſcheinlich Diocletian und Maximian, vgl. Schulting in Iurisprud. Anteiust. ad h. l. pag. 709 not. 2.

23) L. 3. C. de dote cauta nou uumerata. Späterhin führte Juſtinian durch die Nov. 100 andre Friſten für die Rückforderung des Empfangſcheines einer dos, je nach der Dauer der Ehe, ein.

2) Das Römiſche Recht läßt dem Ausſteller des Empfangſcheins einen zweifachen Ausweg. Er kann entweder 1) die Klage des Gegners aus dem Empfangſchein abwarten, und dieſe dann, wenn ſie vor Ablauf von zwei Jahren angeſtellt ward, mit der exceptio n. n. pecuniae zurückweiſen, in welchem Falle der Empfangſchein alle Beweiskraft verliert; [24]) wobei jedoch noch zu bemerken, daß der Ausſteller den Gebrauch dieſer Einrede, ſelbſt über die Zeit von zwei Jahren hinaus, ſich durch die ſ. g. querela n. n. pecuniae, d. h. durch rechtzeitige ſchriftliche Beſchwerde, über den Nichtempfang der in der Schuldverſchreibung namhaft gemachten Summe, ſichern kann. [25]) Oder 2) er darf den Empfangſchein dem Inhaber mit der condictio sine causa wieder abfordern. [26]) Das RR. dagegen geſtattet 3) dem Ausſteller des Empfangſcheins darauf zu klagen, daß ihm der Gläubiger „das Geld oder Gut auf ſolche Verſchreibung folgen laſſen müſſe“. Dabei drängt ſich von ſelbſt die Frage auf, ob auch dieſe Abänderung des Römiſchen Rechts, dem eine ſolche Klage unbekannt, eine willkürliche und zufällige ſei? Dies iſt nun keinesweges des Fall. Das Römiſche Recht verſagt dem Ausſteller des Empfangſcheins ſolche Klage, weil das Darlehn ein Realcontract, mithin erſt durch wirkliche Hin-

24) L. 14 pr. C. de n. n. pec. L. 3 et 7 C. eod.

25) L. 14 § ult. C. de n. n. pec.

26) L. 7 C. eod. L. ult. C. de condictione ex lege et sine caussa vel iniusta caussa.

gabe entſpringt. Dieſe letztere aber kann nicht erzwungen werden, da das ſ. g. pactum de mutuo dando nicht klagbar war. Anders verhält es ſich damit nach unſerm RR., das im Buch IV. Tit. 2 Art. 3 verordnet:

> „Saget einer dem Andern gewiſſe zu, daß er ihm auf genugſame Verſicherung mit Gelde oder Gute entſetzen will, thut es aber hernach nicht, und dieſer dadurch in Schaden käme, ſo ſoll der, der alſo gelobet, und nicht gehalten hat, dem dadurch Verleiteten ſeinen beweislichen Schaden zu erſtatten, und nichts deſto weniger die vertröſteten Gelder oder Gut, gegen ſattſame Verſicherung, zu leihen ſchuldig ſein.“

Sofern nun der Gläubiger durch die Annahme des von dem Schuldner vor Empfang des Darlehns ausgeſtellten Schuldſcheins, offenbar ein pactum de mutuo dando eingeht, dieſes letztere aber nach dem eben angeführten Artikel des RR. klagbar iſt, erſcheint es ganz conſequent, daß das RR. dem Ausſteller des Empfangſcheins aus dieſem eine Klage gegen den Gläubiger auf wirkliche Auszahlung beilegt. Selbſt die Schwierigkeit, die hiebei nach Röm. Recht entſtehen würde, daß nämlich der zur Auszahlung gezwungene Gläubiger doch den allendlichen Zweck ſolcher Klage vereiteln könnte, durch die ihm zuſtehende Befugniß, das ſine die gegebene Darlehn augenblicklich zurückzufordern, iſt in unſerm RR. dadurch aus dem Wege geräumt, daß, wie oben dargethan worden, der Gläubiger dem Schuldner das

Darlehn laſſen muß, bis dieſer letztere von demſelben den beabſichtigten Gebrauch gemacht hat.

3) Im Römiſchen Recht finden wir eine beſondere Strafe für den Gläubiger, der unredlicher Weiſe aus dem Empfangſchein klagt, nicht. Sein Anſpruch wird nur, als unbegründet, zurückgewieſen, indem der von ihm producirte Empfangſchein keine Beweiskraft hat. Dem Schuldner dagegen, der unredlicher Weiſe den Empfang des Darlehns geleugnet hatte, und deſſen gleichwohl überführt worden, ſtrafte die Nov. 19 c. 8 mit der poena dupli. Das RR. weicht hievon in zwiefacher Hinſicht ab. Einmal nämlich verfügt es auch gegen den unrechtfertigen Creditor eine willkürliche Strafe der Obrigkeit, ſodann aber verhängt es gegen den unredlichen Debitor außer der, aus dem Römiſchen Rechte entlehnten poena dupli, ebenfalls obrigkeitliche Strafe. Dies erhellt aus

> Buch IV. Tit. 9 Art. 2. „Verläugnet einer ſeine Handſchrift, oder gibt vor, daß er das Geld nicht empfangen habe, darauf der Schuldbrief lautet, er wird aber deſſen überwunden, ſo ſoll er doppelt bezahlen, und dazu in willkührliche Strafe verfallen ſein."

V.

Zur Lehre von den Zinſen.

Der von „erlaubten Zinſen, wucherlichen und unziemlichen Contracten und Verſchreibungen" handelnde

dritte Titel des vierten Buches enthält eine unmittelbare Umgeſtaltung Römiſcher Rechtsprincipien nicht. Wenn nun gleichwohl ein aus demſelben entlehnter Artikel in den Kreis der vorliegenden Unterſuchungen gezogen wird, ſo geſchieht dies aus einem beſonderen Grunde. Es giebt nämlich auch eine indirecte Art der Abänderung einzelner aus einem fremden Rechte recipirter Rechtsſätze, durch den modificirten Umfang ihrer Aufnahme. Dadurch wird zugleich die Frage auf ein anderes allgemeineres Gebiet hinübergeſpielt, nach dem Verhältniß nämlich des in geringerem Umfange recipirten Rechtes zu ſeiner Quelle. Wie ſehr es aber, angewandt auf unſern Fall, von practiſcher Wichtigkeit ſei, über das Verhältniß des RR. zum Röm. Recht beſtimmte Principien feſtzuhalten, dafür giebt uns die Lehre von den Zinſen einen treffenden Beleg. Es heißt im Art. 2 des vorerwähnten Titels:

> Es mögen aber keine Renten gefordert werden, es ſei dann entweder 1) daß dieſelben ausdrücklich verſchrieben ſeyn, oder 2) daß ein gewiſſer Tag zur Zahlung in der Verſchreibung benennt wäre, oder 3) daß der Debitor auf beſchehenes Mahnen mit der Bezahlung ſäumig bliebe, auf welche beiden letzten Fälle die Renten von der zu der Bezahlung beſtimmten und verfloſſenen Zeit, oder des beſchehenen Mahnens und Forderns, anfangen zu laufen, und iſt alsdann der ſäumige Debitor ſchuldig, dieſelben mit dem Capital zu erlegen.

Dies die einzige Beſtimmung des RR. über die Entſtehung der Zinsverbindlichkeit im Allgemeinen. Es können danach Zinſen nur gefordert werden, wenn ſie entweder ausdrücklich bedungene (usurae conventionales) oder Verzugszinſen (usurae ex mora) ſind. Nun aber kennt das Römiſche Recht noch eine Reihe von andern Zinſen, die, als ſ. g. usurae legales, auch ohne vorangegangenen Vertrag oder Verzug, entſtehen, und in das gemeine Recht übergegangen ſind. So die Zinſen, die der Käufer, ſobald ihm die gekaufte Sache tradirt iſt, von dem noch nicht gezahlten Kaufgelde, der Geſchäftsführer von fremden, wiewohl zu ſeinem eigenen Nutzen von ihm verwendeten Geldern, der socius in gleichem Falle von Societätsgeldern zu entrichten hat u. ſ. f. Sofern nun das RR. dieſer Zinſen nicht erwähnt, entſteht nothwendig die Frage, ob ſolche gefordert werden können. Hierüber ſcheint eine zwiefache Anſicht möglich, deren eine etwa ſo argumentiren würde. Das Röm. Recht iſt nicht als ein bloß ſubſidiäres, vielmehr als ein neben dem einheimiſchen recipirtes, mithin daſſelbe überall ergänzendes, ihm coordinirtes, zu betrachten. Demnach können auch bei uns geſetzliche Zinſen der erwähnten Art in Anſpruch genommen werden, nämlich Conventional- und Verzugszinſen auf Grund des RR., die übrigen usurae legales auf Grund des Röm. Rechts. Die andre Anſicht dagegen, davon ausgehend, daß das Röm. Recht nur in dem Umfange zur Anwendung komme, in dem es im RR. recipirt worden, gelangt

zu dem entgegengeſetzten Reſultat, verwirft alſo die usurae legales, weil ſie im RR. nicht anerkannt ſind.

Die Baſis beider ſo entgegengeſetzten Anſichten iſt das Verhältniß des Römiſchen zum RR., von deſſen Auffaſſungsweiſe die Entſcheidung der ganzen Streitfrage abhängt. Das Römiſche Recht, hervorgegangen aus einer fremden Nationalität, hat bei uns Geltung gewonnen durch Reception, kann alſo auch nur in dem Umfange, ja in der Auffaſſungsweiſe als practiſch anwendbares Recht betrachtet werden, in welchem es bei ſeiner Aufnahme in unſer einheimiſches Recht übergegangen iſt. So iſt innerhalb des Römiſchen Rechtes ſelbſt eine ſcharfe Sonderung nöthig, derjenigen Geſtalt deſſelben, in der es ein Theil unſeres Rechts geworden, von der ſpäteren Ausbildung, die es etwa durch die Doctrin erhalten. Die Auffaſſungsweiſe jener Zeit bedingte natürlich den Grad, wie die Art und Weiſe der Reception. So ſchwierig, wiewohl unerläßlich nothwendig, rechtshiſtoriſche Forſchungen dieſer Art, im Allgemeinen, ſo werden ſie doch erleichtert, wo, wie im Eſthländ. RR. der Fall, uns ein beſtimmtes ſchriftliches Zeugniß vorliegt, über die Art wie den Umfang, in dem das Röm. Recht recipirt worden. Solches Zeugniß muß daher vor Allem entſcheiden. Leider aber finden wir hier in unſerm RR. eine auffallende Ungleichmäßigkeit der Behandlungsweiſe. In manchen Lehren erſcheint das Römiſche Recht, freilich in der aus der Praxis hervorgegangenen Auffaſſungsweiſe jener Zeit, vollſtändig verarbeitet, in andern dagegen iſt kaum etwas mehr als der Name

oder höchſtens eine ganz allgemein gehaltene Skizze eines Rechtsverhältniſſes dem Römiſchen Recht entlehnt. So wird das Verhältniß dieſes letztern zu unſerm RR. in den verſchiedenen Lehren ſelbſt nothwendig ein verſchiedenes, bald mehr bald minder ſubſidiäres, ja unter Umſtänden ſelbſt wohl coordinirtes. Hält man nun conſequent an dem einen oder dem andern dieſer Verhältniſſe feſt, um ſo eine allgemeine Grundlage zu gewinnen, ſo iſt es ſehr begreiflich, daß es an geradezu entgegengeſetzten Anſichten über einzelne Rechtsfragen, wie z. B. über die in Rede ſtehende rückſichtlich der usurae legales, nicht fehlen könne. Das Richtige kann hier überall nur durch eine umſichtige Würdigung des Verhältniſſes, in welchem in jeder einzelnen Lehre das RR. zu dem Röm. Recht ſteht, gefunden werden. Angewandt nun auf unſern Fall, ſcheinen im Sinne des RR. die usurae legales des Röm. Rechts ausgeſchloſſen werden zu müſſen. Dies erhellt ſchon aus der excluſiven Faſſung des Art. 2. „es mögen aber keine Renten gefordert werden, es ſei denn daß rc.“, womit unzweideutig eine erſchöpfende Aufzählung der Entſtehungsgründe einer Zinsverbindlichkeit gegeben werden ſollte. Außerdem aber ſpricht für dieſe Anſicht der Umſtand, daß das Eſthländiſche Recht außerdem nur einen Fall der im Röm. Recht vorkommenden usurae legales ausdrücklich namhaft macht. Es ſollen nämlich, nach Tit. IX. Art. 13. der Landwaiſengerichts- und Vormünderordnung von 1724, die großentheils aus der Schwediſchen Vormünderordnung von 1669 geſchöpft iſt, Vormünder, „die das Geld ihres

Mündlings und Pflegbefohlenen ſelbſt brauchen . . . ſo hohe Renten und ſo gutes Unterpfand ſetzen, als etwa ein Anderer geben möchte", und nach Art. 12. ebendaſelbſt, „wenn ſie keine Gelegenheit haben ihres Pflegbefohlenen Mittel auf landübliche Zinſen auszulegen, ſo ſollen ſie ſolches dem Gericht anzeigen und daß es in der Wahrheit alſo, an Eydes Statt zu erhärten verbunden ſeyn; andernfalls ſie ſelbſt dem Mündling für die Zinſen aufkommen müſſen."

Demnach ſind die Abänderungen, die das Römiſche Recht in Betreff der Lehre von der Zinsverbindlichkeit in dem RR. erfahren hat, der Hauptſache nach folgende: Die usurae legales im e. S. ſind weggefallen, namentlich alſo die Zinſen, die der Verkäufer, vom Moment der erfolgten Tradition der verkauften Sachen an, von dem noch nicht entrichteten Kaufgelde, der Minderjährige von allen ſeinen Schuldnern auch ohne beſondern Verzug, der Eigenthümer von dem Verwalter ſeines Geldes, der daſſelbe zum eigenen Beſten verwendet, der socius von dem socius wegen benutzter Societätsgelder zu fordern berechtigt iſt. — Abgeſehen hiervon enthält der Art. 2. eine ausdrückliche poſitive Beſtätigung der auch gemeinrechtlich nach der richtigeren Anſicht [27]) geltenden Regel dies interpellat pro homine.

27) Vgl. meine Lehre von der Mora. Halle 1837. Kap. 2 § 24. S. 137 fgg.

XII.

Ueber die Anwendbarkeit der Deutſchen Reichsgeſetze in den Oſtſeeprovinzen.

Von Dr. F. G. v. Bunge.

Es giebt, wie überall, ſo auch bei uns Rechtsfragen, die nie oft und ausführlich genug zur Sprache gebracht werden können, um eingewurzelten Vorurtheilen, die ſich in der Praxis geltend gemacht haben, entgegenzutreten, und ſie, wo möglich, zu beſeitigen. Dadurch glaubt der Verf. es gerechtfertigt, daß er hier auf einen Gegenſtand zurückkommt, der in neuerer Zeit in unſeren Provinzen öfters, namentlich auch ſchon in dieſem Sammelwerke [1]), beſprochen worden iſt: auf unſere ſog. Subſidiarrechte. Indeſſen ſoll nur eine unter den vielen Controverſen, über welche in dieſer Beziehung discutirt wird, und zwar eine ſolche erörtert werden, welche bisher weniger ſpecielle Berückſichtigung gefunden hat.

Die beſonders bei den Livländiſchen Practikern bisher vorherrſchend geweſene Anſicht, daß zu den recipirten fremden Rechten in unſeren Provinzen nur das

1) C. Neumann, etwas über das Röm. und Deutſche Recht, als das ſog. Hülfsrecht in den Oſtſeeprovinzen ꝛc., oben Hft. 1. S. 67 fgg.

Römiſche Recht gehöre [2]), hat im Allgemeinen ihre Abfertigung bereits zur Genüge erhalten [3]), und es wird hier keiner wiederholten Ausführung deſſen bedürfen, daß das Römiſche Recht nicht als ſolches, ſondern nur als Beſtandtheil des „gemeinen Deutſchen Rechts“, in den Oſtſeeprovinzen Anwendung finde [4]). Ebenſowenig ſoll hier ein beſonderer Nachweis der Gültigkeit des Canoniſchen Rechts geliefert [5]), ſondern nur der dritte Beſtandtheil des gemeinen Deutſchen Rechts näher erwogen werden, welcher beſonders wenig Anſehen bei den Practikern genießt, und doch ein ſehr weſentlicher iſt: das urſprünglich Deutſche Recht. Und auch von dieſem ſoll zunächſt nur in ſo weit die Rede ſein, als es auf ius scriptum — den Deutſchen Reichsgeſetzen — beruht.

Es iſt eine gewiß ſehr erfreuliche Erſcheinung, daß die Praxis in Curland — deſſen Juriſtenſtand ſich frei-

2) H. Nielſen's Proceßform in Livland. § 48. R. J. L. Samſon von Himmelſtiern in C. G. v. Bröcker's Jahrbuch f. Rechtsgelehrte in Rußland. Bd. II. S. 213 fg.

3) S. Neumann a. a. O. und F. G. v. Bunge, das Liv- und Eſthländiſche Privatrecht § 14 und die daſelbſt angeführte Litteratur.

4) Die von Neumann a. a O. in Anregung gebrachte Frage, ob das gemeine Recht als ein ſubſidiäres oder als ein einheimiſches zu betrachten ſei, laſſen wir hier unerörtert, zumal der Streit ſich bloß um die Benennung drehen dürfte; in der Sache ſelbſt ſind wir mit ihm im Ganzen einverſtanden.

5) Vgl. darüber v. Bunge l. c. § 15 № 2, und die daſelbſt angeführte Litteratur.

lich auch ſeit jeher von dem der beiden Schweſterprovinzen rühmlichſt ausgezeichnet hat — in neuerer Zeit dem urſprünglich Deutſchen Recht volle Gerechtigkeit widerfahren läßt [6]); auch in Eſthland — deſſen Ritter- und Landrecht vielfach unmittelbar aus dem Sachſenſpiegel und den Deutſchen Reichsgeſetzen ſchöpft [7]) — fehlt es nicht an Beiſpielen von practiſcher Anwendung urſprünglich Deutſchen Rechts und Deutſcher Rechtsgrundſätze [8]). Wie es dagegen damit in Livland ausſieht, mag nachſtehendes, im J. 1824 von dem damaligen Vicepräſidenten der Oberjuſtizbehörde Livlands erzählte, mithin ſattſam verbürgte Factum beweiſen: „— — das Deutſche Recht iſt (in Livland) ſo außer Gebrauch, daß es einem Sachwalter, nach einem mir bekannt gewordenen Falle neuerer Zeit, von einer Oberbehörde ſehr übel genommen wurde, als er von einem allegirten Reichs-Abſchiede ſeines Mandanten Seelen Seligkeit erwartete." [9])

---

6) Neumann a. a. O., vgl. auch das Inland, herausgeg. v. Bunge. Jahrg. 1836. № 36. Sp. 599 fgg.

7) v. Bunge Beiträge zur Kunde der Liv-, Eſth- und Curländ. Rechtsquellen S. 132 fgg.

8) Vgl. das Inland Jahrg. 1837. № 26 Sp. 425 fgg.

9) Samſon v. Himmelſtiern in v. Bröcker's Jahrbüche Bd. II. S. 29. Daß Hr. v. Samſon dieſe Anſicht theilt, ergiebt ſich nicht nur daraus, daß er ſeiner Relation keine mißbilligende Bemerkung hinzufügt, ſondern auch aus den von ihm an einer anderen Stelle (ebendaſ. S. 214) deutlich ausgeſprochenen Worten: „— — das Germaniſche Recht im eigentlichen Sinne, deſſen man ſich hier nicht bedient." Damit läßt ſich freilich ſchwer vereinigen, daß unmittelbar darauf „die peinliche

Um nicht ungerecht zu ſein, darf man freilich nicht verſchweigen, daß auch in Deutſchland, nach Auflöſung des Deutſchen Reichs im J. 1806, die Anwendbarkeit der Deutſchen Reichsgeſetze, namentlich auch in Beziehung auf die privatrechtlichen Beſtimmungen derſelben, in Zweifel gezogen worden iſt. Allein es gab dazu ganz beſondere Veranlaſſung der zweite Artikel der Rheinbundsacte v. 12. Juli 1806, worin es heißt: „Toute loi de l'Empire germanique, qui a pu jusqu' à présent concerner et obliger Leurs Majestés et Leurs Altesses sérénissimes — leurs sujets et leurs Etats ou parties d'iceux, sera à l'avenir rélativement à Leurs dites Majestés — à Leurs Etats et sujets respectifs nulle et de nul effet.“ Auf den erſten Blick ſcheint hierdurch die Wirkſamkeit der Reichsgeſetze, wenigſtens für diejenigen Deutſchen Staaten, welche zum Rheinbund gehört haben, allerdings aufgehoben zu ſein, und es hat auch in der That nicht an namhaften Rechtsgelehrten gefehlt, welche aus dieſem Grunde ſogar die Exiſtenz eines gemeinen Deutſchen Rechts für Deutſchland überhaupt, nach Auflöſung des Reichs, gänzlich in Abrede geſtellt haben [10]). Andere erkennen zwar auch

---

Halsgerichtsordnung Kaiſers Carl V." ohne Weiteres unter den Quellen des Livländiſchen Rechts aufgeführt wird.

10) S. beſonders N. T. Gönner, über den Umſturz der Teutſchen Staatsverfaſſung und ſeinen Einfluß auf die Quellen des Privatrechts in den neu ſouveränen Staaten der Rheiniſchen Conföderation. Landshut 1807. 8., und denſelben in ſeinem Archiv für die Geſetzgebung. B. I. S. 1 fgg. C. S. Zacha-

die Aufhebung der Wirkſamkeit der Reichsgeſetze im Allgemeinen an; machen aber davon aus beſonderen Gründen einzelne Ausnahmen. Namentlich ſeien die die Landesverfaſſung betreffenden Reichsgeſetze, ſo weit ſie nicht durch die Fortdauer des Deutſchen Reichs nothwendig bedingt waren, keinesweges wirkungslos geworden, weil die Landesverfaſſung auf ausdrücklichem oder ſtillſchweigendem Vertrage zwiſchen den Unterthanen und dem Landesherrn beruhe, und daher von dem letzteren, auch nach erlangter Souveränetät — welche nur Befreiung von der Reichshoheit in ſich ſchließe — nicht einſeitig aufgehoben oder abgeändert werden dürfe. Ebenſowenig ſeien alle übrigen durch die Reichsgeſetze begründeten oder gebilligten Vertragsrechte, und alle ſonſt von Einzelnen durch Reichsgeſetze ſchon erworbenen Rechte aufgehoben. Was dagegen die das Privatrecht, den Proceß, das Civil- und Criminalrecht betreffenden Reichsgeſetze anlangt, ſo können dieſelben fortwährende Gültigkeit nur behalten durch ausdrückliche oder ſtillſchweigende Billigung oder Genehmigung einzelner Bundesfürſten. Es ſei nämlich durch die Aufhebung der Reichsgeſetze in der Rheinbundsacte die Autonomie und Geſetzgebungsfreiheit der Bundesfürſten weder aufgehoben, noch beſchränkt worden. Demnach ſei es ihrer Bundespflicht nicht zuwider geweſen, wenn ſie freiwillig, ohne Meinung einer aus der

---

riae, ius publicum civitatum, quae foederi rhenano adscriptae sunt. (Heidelb. 1807. 8.) § 38, u. A. Die erſtere Schrift hat dem Verf. dieſes nicht vorgelegen.

Zeit der Reichsverbindung noch fortdauernden rechtlichen Nothwendigkeit, reichsgeſetzliche Vorſchriften fernerhin entweder ſelbſt beobachteten, oder ſolchen practiſche Gültigkeit für ihre Staatsbehörden und Unterthanen ausdrücklich oder ſtillſchweigend beilegten. Den das Privatrecht, den Proceß ꝛc. betreffenden Reichsgeſetzen könnte daher, zwar nicht als ſolchen, oder nach ihrer urſprünglichen Form, aber doch nach ihrem Inhalt (materiell), mithin zwar nicht mehr als gemeinem Recht (ius commune), aber doch als angenommenem Landrecht (ius receptum), practiſche Gültigkeit in den vorhin zum Deutſchen Reich gehörigen Staaten nicht verſagt werden, ſo lange und in ſo weit ſie durch eigene Landesgeſetze nicht abgeſchafft oder abgeändert wären [11]). Dieſer Anſicht, wiewohl ſie die am meiſten verbreitete zu ſein ſcheint [12]), dürfte indeß ohne Zweifel diejenige

11) J. L. Klüber, öffentliches Recht des Teutſchen Bundes. (3te Aufl. Frkf. a. M. 1831. 8.) § 48 fgg. C. A. Gründler, Polemik des German. Rechts. Bd. I. (Merſeb. 1832. 8.) § 27. S. 46 fg. — G. H. v. Berg's Abhandlungen zur Erläuterung der Rheiniſchen Bundesacte (Hannover 1808. Th. I. Abh. 3.), worin die im Text dargelegte Anſicht, wenigſtens in Beziehung auf die Reichsprivatgeſetze, zuerſt entwickelt worden iſt, war mir leider ebenſowenig zur Hand, als einige andere dieſe Streitfrage ſpeciell erörternde Abhandlungen von Wieſand (in Winkopp, d. Rheiniſche Bund), Brauer, Meiſel u. A.

12) Ihr tritt namentlich, außer den in der vorigen Anmerkung Genannten, bei J. T. B. Linde, Lehrb. des Civilproceſſes § 21, und wie es ſcheint auch A. v. Feuerbach Lehrb. des peinlichen Rechts § 3. Desgleichen möchte ich C. J. A. Mit-

vorzuziehen ſein, nach welcher die Aufhebung der Reichsgeſetze in dem Art. 2 der Rheinbundacte überhaupt nur auf diejenigen derſelben bezogen werden darf, welche mit der Reichsverfaſſung nothwendig zuſammenhängen. Denn wenngleich das Deutſche Reich im J. 1806 aufgelöſt wurde, und dadurch aufgehört hat, rechtliche Folgen zu erzeugen, ſo iſt es doch keinesweges annullirt worden. Die während ſeines Beſtandes erzeugten Folgen ſind daher durchaus nicht als völlig und unbedingt wirkungslos geworden anzuſehen, indem man keiner Staatsveränderung größere rechtliche Wirkung beimeſſen darf, als welche mit ihr nothwendig eintritt. Eine ſolche Veränderung hebt vielmehr die früheren Rechtsverhältniſſe nur in ſo weit auf, als ſie mit der neuen Verfaſſung unvereinbar ſind; was dagegen daneben beſtehen kann, beſteht fort, wenn es nicht ausdrücklich auf rechtsgültige Weiſe aufgehoben iſt. Daß aber die Rheinbundacte die Aufhebung ſolcher, auf Gründen innerer Nothwendigkeit beruhenden, von der aufgelöſten Staatsverfaſſung völlig unabhängigen Reichsgeſetze beabſichtigt habe, darf nicht wohl angenommen werden, indem zu einer ſolchen Aufhebung nicht die geringſte Veranlaſſung

---

termaier hierher rechnen, indem er (Grundſätze des Deutſchen Privatrechts. 5te Ausg. § 20) „die Reichsgeſetze noch immer als Theile des recipirten Rechts überall fortgelten läßt, wo nicht die Landesgeſetzgebung ſie abgeſchafft“, und annimmt, daß „durch den Art. 2 der Rheinbundacte die ſouveränen Fürſten nur das Recht erhielten, die Reichsgeſetze abzuſchaffen.“ Mit ihm ſtimmt überein C. Türk, Vorleſungen über das Deutſche Privatrecht. (Roſtock und Schwerin, 1832. 8) S. 286.

vorlag. Es haben daher nur diejenigen Reichsgeſetze ihre Wirkſamkeit verloren, welche in einer nothwendigen Beziehung zum Reiche geſtanden, während alle anderen Normen in völliger Kraft verblieben ſind. Insbeſondere muß Letzteres von allen das Privatrecht, den Proceß, das Polizei- und Criminalrecht betreffenden Geſetzen angenommen werden [13]. In Beziehung auf das Verhältniß der Reichsgeſetze zum Landrecht, oder vielmehr zu der geſetzgebenden Gewalt der ſouverän gewordenen Landesherrn ging indeſſen durch die Auflöſung des Reichs allerdings eine ſehr weſentliche Veränderung vor. Während nämlich früher Reichsgeſetze durch Landrechte der Regel nach nur abgeändert werden konnten, wenn jenen die ſog. ſalvatoriſche Clauſel ausdrücklich hinzugefügt

13) S. beſonders S. Jordan, Lehrbuch des allgem. und Deutſchen Staatsrechts (Abth. 1. Caſſel 1831. 8.) § 172 und L. F. Grieſinger in der Fortſetzung von W. A. F. Danz's Handbuch des heut. Deutſchen Privatrechts. Bd. IX. S. 142 fgg. Zu dieſer Anſicht bekennt ſich auch — wenigſtens in Betreff der Reichsprivatgeſetze — C. E. Weiße, Einl. in das gem. Teutſche Privatrecht (2te Aufl. Lpz. 1832. 8.) § 30, und, wie es ſcheint, auch C. F. Eichhorn, Einl. in das Deutſche Privatrecht § 24 (zweifelhaft wegen der Berufung auf v. Berg, ſ. oben Anm. 11), und R. Maurenbrecher, Lehrb. des heut. gem. Deutſchen Rechts § 11. Vergl. auch des Letzteren Grundſätze des heut. Deutſchen Staatsrechts § 89, 92, 93, 127. Hinſichtlich des Civilproceſſes ſ. noch insbeſondere A. W. Heffter Inſtitutionen des Civilproceſſes (Bonn 1825. 8.) S. 12 u. 14; hinſichtlich des Criminalrechts G. I. F. Meister, principia iuris criminalis (Ed. VII. Götting. 1828. 8.) § 17; vgl. auch G. A. Kleinſchrod in dem Archiv des Criminalrechts. Bd. VII. Stck. 3 S. 355 fgg., beſ. 358 fgg.

war, oder bei bloß hypothetiſchen Reichsgeſetzen dieſer Vorbehalt als ſtillſchweigend vorhanden angenommen werden konnte [14]), — haben die Bundesglieder durch die erlangte Souveränetät ohne Zweifel die Befugniß erhalten, auch ſchlechthin verbietende oder gebietende Reichsgeſetze aufzuheben, ſofern dadurch nicht vertragsmäßig erworbene Rechte verletzt werden [15]).

Von dieſer Abſchweifung, die übrigens nicht ganz zwecklos ſein dürfte [16]), kehren wir zu unſerer Hauptfrage zurück, ob und in wie weit die Deutſchen Reichsgeſetze in den Deutſchen Oſtſeeprovinzen Rußlands gelten. Dieſe Provinzen waren ſeit ihrer Germaniſirung im 12. und 13. Jahrhundert bekanntlich integrirende Theile des Römiſchen Reichs Deutſcher Nation. Die verſchiedenen Landesherren, — der Meiſter des Deutſchen Ordens in Livland, der Erzbiſchof von Riga, die Biſchöfe von Dorpat, Oeſel, Curland und Reval [17]) —

---

14) I. S. Pütter, institutt. iuris publ. German. § 218. Mittermaier a. a. O. § 17. Türk l. c. S. 380 fg. Maurenbrecher, Staatsrecht § 80 u. a. m.

15) Darin ſtimmen alle neueren Germaniſten und Publiciſten a. a. O. mit einander überein.

16) Auch ſchon deshalb möchte die Nebeneinanderſtellung der drei Hauptanſichten über die abgehandelte Controverſe nicht ganz überflüſſig erſcheinen, weil ſie von mehreren der in den vorſtehenden Anmerkungen angeführten Schriftſteller nicht gehörig unterſchieden werden. Namentlich werden nicht ſelten die zweite und dritte Anſicht, die durchaus nicht bloß in ihrer Begründung, ſondern auch in ihren Reſultaten von einander abweichen, mit einander verwechſelt.

17) Hinſichtlich des Biſchofs von Reval, ſo wie der Eſthlän-

waren Reichsfürſten, hatten Sitz und Stimme auf den Reichstagen, auf welchen ſie theils perſönlich, theils durch Botſchafter repräſentirt, erſchienen [18]). Daß mithin zu jener Zeit die Reichsgeſetze in dieſen Landen in voller Kraft und Wirkſamkeit waren, und zwar in eben der Weiſe, wie in allen übrigen zum Reiche gehörigen Territorien [19]), darüber kann gar kein Zweifel obwalten, wenn ſich auch nicht beſtimmte Spuren der Anwendung finden ſollten [20]). Dieſe Verbindung des alten Livlands

---

diſchen Provinzen Harrien und Wierland, die bis zum J. 1347 unter Däniſcher Hoheit ſtanden, müßte man, ſtreng genommen, den terminus a quo ihrer Verbindung mit dem Deutſchen Reiche erſt von dieſem Jahre an datiren; es iſt dies jedoch jedenfalls auf unſere Streitfrage ohne weſentlichen Einfluß, da von der practiſchen Anwendung älterer Reichsgeſetze (vor dem J. 1347) gegenwärtig nicht leicht die Rede ſein kann. Mit Recht heißt es bei Türk a. a. O. S. 276 fg.: „Auch erſtreckt ſich unter den Reichsgeſetzen, welche als ſolche, und namentlich nicht als Verträge des Kaiſers und der Stände anzuſehen ſind, deren Zahl bis zur goldenen Bulle vom J. 1356 nur etwa 25, zum Theil auch noch mit beträchtlichen handſchriftlichen Abweichungen, beträgt“ — (und deren Aechtheit überhaupt zum Theil zweifelhaft iſt, z. B. die der bekannten Constitutio de expeditione Romana nach Eichhorn's neueſten Unterſuchungen) — „entweder kein einziges auf Privatrecht, oder, wenn es einmal geſchieht, liegt die augenſcheinliche Veranlaſſung dazu vielmehr in öffentlichen Verhältniſſen und in dem Zuſammenhange dieſer mit jenem.“

18) S. z. B. die Reichstagsabſchiede von den Jahren 1529, 1530, 1545, 1548, 1555, in der neuen Sammlung der Reichsabſchiede (Frkf. a. M. 1747 Fol.) Bd. II. S. 304, 329, 521, 547, 608. Bd. III. S. 40.

19) S. oben Anm. 14.

20) Vergl. überhaupt I. H. Boecler, Diss. de acquisito et amisso Imperii Rom.-Germanici in Livoniam iure pag. 102 sq.

mit dem Deutſchen Reiche dauerte aber bis zur zweiten Hälfte des ſechszehnten Jahrhunderts, und zwar namentlich: 1) in dem Bisthum Dorpat bis zu deſſen Eroberung durch Iwan Waſſiljewitſch II., am 20. Juli 1558; 2) in den Bisthümern Curland, Oeſel und Reval bis zum April 1560, wo der Herzog Magnus von Holſtein die Regierung dieſer ihm veräußerten Stifter antrat; 3) in den Eſthländiſchen Ordenslandſchaften Harrien, Wierland und Jerwen bis zu ihrer Unterwerfung an Schweden am 4. Juni 1561, und 4) in den übrigen Theilen des Ordensſtaates und im Erzbisthum Riga, bis zu deren Ergebung an Polen am 28. Novbr. 1561. Die Stadt Riga behauptete zwar ihre Unabhängigkeit von Polen bis zum Jahre 1581, indeſſen kann auch von einer Verbindung derſelben mit dem Deutſchen Reiche ſeit dem J. 1561 nicht wohl die Rede ſein.

Bei dieſer Trennung der einzelnen Territorien des alten Livlands von dem Deutſchen Reiche wurden ihnen insgeſammt die bisherigen Rechte ausdrücklich beſtätigt [21]), und da die Reichsgeſetze zu den Quellen dieſer Rechte bis dahin gehört hatten, ſo kann auch an der fortdauernden Wirkſamkeit dieſer bis zur Trennung vom

21) S. z. B. für das Bisthum Dorpat die Capitulation vom 19. Juli 1558, für das Bisthum Oeſel die Urkunde König Friedrichs II. von Dänemark vom 26. Sptbr. 1559, für Harrien, Wierland und Jerwen die Pacta subiectionis vom 2. Auguſt 1561; für die Ordenslande und das Erzſtift das Privilegium Sigismundi Augusti, de feria sexta post festum S. Catharinae 1561 und die Cautio Radziviliana vom 4. März 1562.

Reiche erlaſſenen Reichsgeſetze in den Oſtſeeprovinzen bis auf den heutigen Tag um ſo weniger gezweifelt werden, als auch in der Folge keine ausdrückliche Aufhebung derſelben je erfolgt, ſondern im Gegentheil bei jeder Regierungsveränderung, bei jedem Uebergange von einer Herrſchaft zur anderen, der frühere Rechtszuſtand dieſer Provinzen immer wieder von Neuem ausdrücklich confirmirt worden iſt [22]). Der Theorie nach muß alſo unbedingt angenommen werden, daß die einmal in Liv-, Eſth- und Curland geltend gewordenen Reichsgeſetze im Allgemeinen auch noch heut zu Tage daſelbſt ungeſchwächte Kraft und Wirkſamkeit haben, ſofern ſie nicht im Einzelnen entweder durch ſpätere Geſetze, ja ſelbſt durch entſchieden entgegenſtehendes Gewohnheitsrecht [23]), ausdrücklich oder ſtillſchweigend

---

22) Die Aufzählung ſämmtlicher in großer Zahl vorhandenen Confirmationsurkunden dürfte hier überflüſſig erſcheinen, zumal ſie der Regel nach nur ganz allgemeine Beſtätigungen des Rechtszuſtandes enthalten; der Deutſchen Reichsgeſetze wenigſtens wird ſpeciell nirgends gedacht.

23) Dafür kann übrigens ein bloßer Nichtgebrauch keinesweges angeſehen werden. — Ein Beiſpiel eines einem Reichsgeſetze entgegenſtehenden Gewohnheitsrechts iſt, daß nach Livländ. Landrecht gegen den Reichsabſchied vom J. 1529 Geſchwiſterkinder, wenn ſie allein vorhanden, die ihnen angefallene Erbſchaft nach Stämmen unter ſich theilen. Wenigſtens wird dies Gewohnheitsrecht von Nielſen und v. Samſon, unter Berufung auf ein Präjudicat des Livländ. Hofgerichts vom J. 1728, bezeugt, und iſt daher auch von mir in meinem Liv- und Eſthländiſchen Privatrecht Bd. II. § 368 a. E. angeführt worden. Dagegen iſt mir nachgehends von dem gegenwärtigen Hrn. Hofgerichtsſecretären von Tieſenhauſen mitgetheilt worden, daß die heutige Pra-

aufgehoben, oder — weil ſie mit der gegenwärtigen Verfaſſung unverträglich — als antiquirt zu betrachten ſind, welches Letztere namentlich von allen durch den ehemaligen Reichsverband bedingten oder darauf ſich nothwendig beziehenden Geſetzen gilt [24]). Es fehlt aber auch nicht an Belegen für die practiſche Fortdauer dieſer Wirkſamkeit. Für Eſthland insbeſondere liefert einen ſolchen Beleg die Aufnahme reichsgeſetzlicher Beſtimmungen in das Eſthländiſche Ritter- und Landrecht [25]),

---

xis dem Reichsabſchiede vom J. 1529 (den gerade auch die Geſandten Livländiſcher Landesherrn mit unterzeichnet haben, ſ. oben Anm. 18) conform ſei. — In der im J. 1832 zu Riga lithographirt erſchienenen „Darſtellung des bürgerl. Rechts der Oſtſeeprovinzen“ heißt es in dieſer Beziehung im § 2199: Concurriren Aſcendenten und vollbürtige Geſchwiſter mit Geſchwiſterkindern, oder bloß vollbürtige Geſchwiſter mit Geſchwiſterkindern: ſo erben die Geſchwiſter nach Stämmen (Nov. 118. Cap. 3). Sind bloß Geſchwiſterkinder vorhanden, ſo erben ſie gleichfalls (?!) nach Zahl der Häupter, es ſeien ihrer viele oder wenige (Nov. 118. C. 3; Auth. cessante C. de legit. hered. Eſthl. Ritter- und Landr. B. III. Tit 10. Art. 7.).“ — Ob in dem letzteren Satz das Wort „gleichfalls“ ſtatt „dagegen“, oder „Häupter“ ſtatt „Stämme“ ein Flüchtigkeitsfehler iſt, wagen wir nicht zu entſcheiden. Die dazu citirten Stellen aus dem Römiſchen Recht, welches bekanntlich dieſen Punkt unentſchieden läßt, enthalten natürlich **nichts** über den Gegenſtand; ſie ſind offenbar aus dem Allegat zum Eſthl. R. und LR. a. a. O Anm. 11 abgeſchrieben, wo aber zugleich für die Theilung in Häupter der Reichsabſchied von J. 1529 (in **Ewers’** Ausgabe ſteht durch einen Druckfehler 1629) angeführt wird.

24) Dies ergiebt ſich aus den oben S. 259 fg. für die Anwendbarkeit der Reichsgeſetze in Deutſchland aufgeführten Gründen.

25) Vergl. v. **Bunge’s** Beiträge zur Kunde der Livländ. ꝛc. Rechtsquellen S. 132.

und für alle drei Provinzen, Livland nicht ausgenommen [26]), der bis auf den heutigen Tag ganz unbeſtrittene practiſche Gebrauch der peinlichen Gerichtsordnung Carls V. Wenn nun aber ſelbſt dieſem, ausdrücklich mit der ſalvatoriſchen Clauſel verſehenen Reichsgeſetze [27]) die practiſche Gültigkeit nicht abgeſprochen wird, ſo iſt in der That nicht einzuſehen, warum man anderen, inſonderheit den ſchlechthin gebietenden oder verbietenden Geſetzen ſie nicht zugeſtehen will. Es iſt nicht unſer Zweck, alle noch gegenwärtig in unſeren Provinzen anwendbaren Reichsgeſetze hier aufzuzählen; es mag genügen, darauf hinzudeuten, wie, — außer einzelnen Beſtimmungen in den Reichsabſchieden, z. B. v. 1500 und 1529 über wucherliche Verträge und Widerkauf, ſo wie über Succeſſion der Geſchwiſterkinder, v. 1512 über Handelsgeſellſchaften ꝛc. — die Notariatsordnung v. 1512, desgleichen die Reichspolizeiordnungen von den Jahren 1500, 1530 und 1548 (z. B. wegen der Obervormundſchaft, wegen Verkaufs der Früchte auf dem Halme, wegen der Handwerksmißbräuche ꝛc.) für das Privat-

---

26) Dafür könnten eine Reihe von Präjudicaten des Livländ. Hofgerichts aus der älteren, wie aus der neueſten Zeit angeführt werden; dies dürfte aber um ſo unnöthiger erſcheinen, als ſelbſt Samſon von Himmelſtiern (ſ. oben S. 219 Anm. 9) und Nielſen (Proceßform § 310), welche im Uebrigen dem Deutſchen Recht die Anwendbarkeit in Livland abſprechen, der C. C. C. ſolche ohne Weiteres einräumen, wie denn der Erſtere in ſeinen Inſtitutionen des Livländ. Proceſſes Bd. II. den Criminalproceß vorzugsweiſe auf die Carolina baut.

27) S. die Vorrede zur C. C. C. a. E.

recht, die Reichskammergerichtsordnungen v. 1498 und 1555 aber für den Proceß von großer Wichtigkeit ſind. Wenn nun vollends nicht geleugnet werden kann, daß viele dieſer Beſtimmungen, namentlich auch in Livland, wirklich practiſch ſind, ſo dürfte man mit Recht fragen: warum man zur Begründung derſelben gemeiniglich nur „die Praxis“ anführt, da ſie doch ohne allen Zweifel durch die gedachten Reichsgeſetze eingeführt ſind?

Wenn nach dem Vorſtehenden als ausgemacht angenommen werden darf, daß die bis zur Trennung der einzelnen Theile der Oſtſeeprovinzen vom Deutſchen Reiche erlaſſenen Reichsgeſetze an ſich, und in ſo weit ſie nicht aufgehoben oder durch die veränderte Verfaſſung antiquirt ſind, auf gleiche Weiſe in ganz Liv-, Eſth- und Curland volle Anwendbarkeit haben [28]), ſo ſind doch noch drei Fragen, die hiermit in Zuſammenhange ſtehen, zu erörtern:

1) Sind bei Feſtſtellung der oben angegebenen Gränze in den einzelnen Theilen der Oſtſeeprovinzen die verſchiedenen Zeitpunkte ihrer Trennung vom Deutſchen Reiche

---

28) Es wird dies auch von einzelnen Schriftſtellern über das Livländiſche Recht ausdrücklich anerkannt, z. B. von W. Hezel Grundlinien des Livländ. Proceſſes (Riga, 1812. 8.) § 9, W. F. C. de Dittmar de praecipuis fontibus iuris prov. Livonici campestris. Part. I. (Dorp. 1818. 8.) § 4 in f. pag. 29; vergl. auch G. v. Engelhardt, Beitrag zur Beantwortung der Frage: Gehen die vor 1561 geltend geweſenen eigenthümlich Teutſchen Rechte dem Röm. Codex vor, oder ſtehen ſie demſelben nach? (Mitau 1817. 8.) beſ. S. 37 fg., und C. Neumann oben Hft. 1, S. 67 fgg.

zu unterſcheiden [29]), oder iſt, wie gewöhnlich geſchieht [30]), das Jahr 1561, in welchem die letzten Landſchaften ſich vom Reiche ablöſeten, in dieſer Beziehung als Normaljahr anzunehmen? Es kann ſich hier übrigens nur darum handeln, ob die beiden Reichsabſchiede vom 19. Auguſt 1559 — denn andere Reichsgeſetze exiſtiren zwiſchen den Jahren 1558 und 1561 nicht — in dem Umfange des ehemaligen Stiftes Dorpat zur Anwendung kommen [31])? Dieſes Land, durch den Krieg faſt ganz verwüſtet, befand ſich im Beſitz der Ruſſen bis zum J. 1581, wo es durch den Frieden zu Zopolsk den Polen abgetreten, und mit dem übrigen Livland vereinigt ward, welches unter dem Titel eines Herzogthums dem Großfürſtenthum Litthauen incorporirt war. Die obgedachten Reichsabſchiede von 1559 konnten demnach daſelbſt eigentlich nicht geltend werden. Allein ſchon

29) S. oben S. 299.

30) S. die in der Anm. 28 angeführten Schriftſteller.

31) Da das Stift Oeſel eigentlich bereits am 29. Sptbr. 1559 von dem Biſchof Johann Münnichhauſen dem König von Dänemark veräußert wurde, ſo könnte wohl die Frage aufgeworfen werden, ob die erwähnten, erſt wenige Wochen vorher emanirten Reichsabſchiede daſelbſt in dieſer kurzen Zeit haben promulgirt werden und verbindliche Kraft erlangen können? Allein es wurde bei jener Veräußerung ausdrücklich ſtipulirt, daß das Stift dadurch des heil. Röm. Reichs Obrigkeit unentzogen ſein und bleiben ſolle (ſ. die Urk. in den gelehrten Beiträgen zu den Rig. Anzeigen Jahrg. 1766 S. 11.), und wenn eine ſolche Entziehung dennoch ſeit der Beſitznahme Oeſels durch die Dänen factiſch geſchah, ſo ging letztere doch erſt im April 1560 vor ſich, bis wohin ohne Zweifel die Promulgation ſtattgefunden haben mag.

früher — d. i. während der biſchöflichen und Ordenszeit — war in Beziehung auf die geltenden Rechtsquellen der Rechtszuſtand in allen Livländiſchen Territorien im Weſentlichen derſelbe geweſen [32]), ja durch die gegenſeitige Ausdehnung der den Ritterſchaften des einen Territoriums verliehenen Privilegien auf die der anderen, waren ſelbſt dieſe allen Ritterſchaften gemein geworden [33]). Je enger die einzelnen Theile des eigentlichen Livlands, ſeit ihrer Vereinigung unter Polniſcher Herrſchaft im J. 1581, als eine zuſammenhängende Provinz, mit gleichmäßigen, unter einer gemeinſamen Oberbehörde (ſeit 1630 dem Livländiſchen Hofgericht) ſtehenden Unterjuſtizbehörden — mit einander ſich verſchmolzen, deſto mehr mußten im Landrecht die aus der früheren Abſonderung etwa noch übrig gebliebenen Abweichungen ſchwinden, deſto mehr ſich die Idee eines gemeinſamen, für das ganze Herzogthum Livland gleichmäßig geltenden Landrechts bilden. Mithin iſt kein Grund vorhanden, von der Anwendbarkeit der Reichsabſchiede von 1559, die in dem größten Theile Livlands gleich urſprünglich geltend geworden waren, das ehemalige Stift Dorpat auszuſchließen, und zwar um ſo weniger, als die practiſche Ausführung ſchwierig ſein dürfte, da die Gränzen des ehemaligen Stiftes keinesweges mit denen des gegenwärtigen Jurisdictionsbezirkes des

32) F. G. v. Bunge's Beiträge a. a. O. S. 4 fg.

33) Vgl. R. v. Helmerſen's Geſchichte des Livländiſchen Adelsrechts (Dorpat, 1836. 8.) § 133.

Dorpater Landgerichts übereinſtimmen. Dagegen muß man für die Stadt Dorpat, die, obſchon im Uebrigen mit Rigiſchem Stadtrecht verſehen, dennoch in mancher Beziehung auch ihre eigenthümlichen Rechtsquellen hat, die Gültigkeit der gedachten Reichsabſchiede in Abrede ſtellen [34]. Mit dieſer Frage ſteht in genauer Verbindung

2) die andere: ob und in wie weit die nach dem Jahre 1561 erlaſſenen Deutſchen Reichsgeſetze in den Oſtſeeprovinzen zur Anwendung gebracht werden dürfen? Im Vorſtehenden haben wir uns zwar bereits vorläufig — wenigſtens in Beziehung auf einen ſpeciellen Fall — für die Negative erklärt, und ebenſo beſchränkten bisher Alle, welche die Reichsgeſetze für anwendbar in den Provinzen erklärten, dies ausdrücklich auf die älteren, bis zum Jahre 1561 [35]. Allein die Frage bedarf noch einer genaueren Erörterung, indem ſie neuerdings von Neumann [36] zum Theil abweichend, und zwar in nachſtehender Weiſe beantwortet iſt: „Unbeſtreitbar kann von einer unmittelbaren Gültigkeit derſelben (d. i. der nach 1561 emanirten Reichsgeſetze) keine Rede ſein, weil mit der Trennung vom Deutſchen

34) Es mag zugegeben werden, daß dieſe Erörterung der erſten Nebenfrage in ihren Reſultaten — beſonders rückſichtlich ihrer practiſchen Bedeutung — kleinlich erſcheint; indeß des Princips wegen durfte ſie nicht übergangen werden.

35) S. Hezel, v. Ditmar und v. Engelhardt in den in der Anm. 28 angeführten Schriften.

36) a. a. O. S. 75.

Reichsverbande auch die Abhängigkeit von den ſeitdem dort gegebenen Reichsgeſetzen aufhörte. In ſo fern aber unſere Provinzen in fortdauernder Verbindung mit Deutſchland und bei gleicher Nationalität und Sprache blieben, auch alle hieſigen Juriſten auf Deutſchen Univerſitäten gebildet waren, konnte es nicht ausbleiben, daß die Praxis bei uns ſich im Privatrechte, ſo weit ſelbiges aus dem gemeinen Recht entnommen iſt, ebenſo wie in Deutſchland geſtaltet, zumal ſich dort nach 1561 nur eine ſehr unbedeutende Zahl durch die höchſte legislative Gewalt gegebener, das gemeine Recht normirender Verordnuugen finden werden." — Vor Allem muß gegen den Schlußſatz bemerkt werden, daß die Maſſe der Reichsgeſetze ſeit 1561 ſo unbedeutend nicht iſt, und zwar ſo wenig ihrem äußeren Umfange nach [37], als auch intenſiv. Anderer Reichsgeſetze aus dieſer ſpäteren Zeit zu geſchweigen, mag hier nun der ſog. jüngſte Reichsabſchied vom J. 1654, und der große Einfluß hervorgehoben worden, den dieſes Reichsgeſetz auf den gemeinen Deutſchen Proceß geäußert hat. — Was nun aber die mittelbare Anwendbarkeit dieſer ſpäteren Reichsgeſetze in unſeren Provinzen — ſofern ſie nämlich Beſtandtheile der Doctrin des heutigen gemeinen Deutſchen Rechts geworden ſind — anlangt, ſo ſind wir zwar im Allgemeinen weit entfernt, es in Abrede zu ſtellen, daß

37) In der neuen Sammlung der Reichsabſchiede. Frankfurt 1747 fol. nehmen die Reichsgeſetze nach dem J. 1561 ungefähr denſelben Raum ein, wie die früheren.

das gemeine Recht in der Ausbildung, die es durch die Doctrin erlangt, Quelle des unſrigen ſei. Wir haben uns vielmehr bereits dahin ausgeſprochen, daß die einzelnen Beſtandtheile des gemeinen Rechts, das Römiſche, Canoniſche und urſprünglich Deutſche, nicht als ſolche, ſondern als das organiſche Ganze, zu welchem es Herkommen und Wiſſenſchaft geſtaltet haben, auch bei uns Anwendung finden. Wir erkennen endlich unbedingt den fortwährenden Einfluß an, den die Fortbildung und Fortentwickelung des Rechts durch die Wiſſenſchaft bis auf den heutigen Tag auch auf unſere Praxis übt, und am wenigſten fällt uns ein, die Doctrin des gemeinen Rechts nur in der Geſtalt, wie ſie ſich etwa bis zum J. 1561 abgeſchloſſen, anzuerkennen, allen ſpäteren Forſchungen aber die practiſche Bedeutung für unſere Provinzen zu verſagen. Wenn nun aber auch alles Vorſtehende zugegeben werden muß, ſo darf doch vor Allem der Grund nicht überſehen werden, auf welchem allein die practiſche Bedeutung der Doctrin oder des ſog. Juriſtenrechts beruht. Man würde nämlich ohne Zweifel zu weit gehen, wenn man der Doctrin eine genetiſche Kraft, die Befugniß, ein neues Recht zu erſchaffen, zugeſtehen wollte [38]; ihre Wirkſamkeit muß ſich vielmehr darauf beſchränken, die bereits beſtehenden, an ſich gültigen Quellen des Rechts — namentlich des ius scriptum

38) Wenn auch, um mit v. Savigny's Worten (Beruf unſerer Zeit zur Geſetzgebung S. 11) zu reden: „das Recht, wie es vorher im Bewußtſein des geſammten Volks lebte, ſo ſetzt dem

— wiſſenſchaftlich zu erläutern und weiter zu entwickeln [39]), für das ungeſchriebene Recht insbeſondere aber die leitenden Principien aufzufinden, und aus dieſen die einzelnen Rechtsfragen zu beantworten und zu entſcheiden [40]). Nur inſoweit ſie dies thut, nur ſo lange, als ſie ſich auf an ſich gültige Rechtsquellen, oder auf leitende Principien ſtützt, welche aus der Geſchichte der Rechtsbildung im Volke abgeleitet ſind, — kann die Doctrin practiſche Beachtung verlangen, und verdient ſie ſolche. So wenig aber Rechtsſätzen, welche dieſer Grundlage entbehren, Geltung beigelegt werden kann, ſo wenig darf eine Doctrin, welche ſich auf nicht ſonſt ſchon gültige Quellen ſtützt, Anerkennung verlangen, noch finden. Daher kann z. B. den auf ungloſſirte Stellen des

---

Bewußtſein der Juriſten anheimfällt, von welchen das Volk nunmehr in dieſer Function repräſentirt wird", ſo kann dieſe Repräſentation doch jedenfalls nicht auch auf die alte Autonomie des Volks bezogen werden. S. Weiße Einleitung in das gemeine Teutſche Privatrecht (2te Aufl.) § 38 Anm. a. Zum Theil andere Anſichten vom Juriſtenrecht vertheidigt R. Maurenbrecher, Lehrb. des gem. Deutſchen Rechts § 16—22, desgl. J. Weiske Einleitung in das Teutſche Privatrecht. (2te Ausg. Lpz. 1834. 8.) § 26 und 27. Allein ſ. dagegen G. Phillips, Grundſätze des Deutſchen Privatrechts (2te Aufl. Berlin 1838. 8.) § 21. Vgl. auch G. F. Puchta, das Gewohnheitsrecht Bd. I. (Erlangen 1828. 8.) S. 161 fgg., C. F. Mühlenbruch, Lehrb. des Pandectenrechts (2te Aufl. Halle 1837. 8.) § 41, und G. Beſeler in den Berliner Jahrbb. f. wiſſenſchaftl. Kritik. Jahrg. 1839 Bd. I. № 27 Sp. 213 fgg.

39) S. die in der vorigen Anm. angef. Schriftſteller, beſonders Beſeler, Weiße und Puchta a. a. O.

40) S. beſ. Eichhorn's Einl. in das Deutſche PR. § 39.

Corpus iuris ſich gründenden Erörterungen an ſich keine practiſche Bedeutung im gemeinen Recht eingeräumt werden [41]), noch weniger denen, welche ſich ausſchließlich auf Poſtjuſtinianeiſches Recht ſtützen [42]). Wenngleich ferner anerkannt iſt, daß Präjudicien der höchſten Territorialgerichte Deutſchlands zur Begründung einer gemeinrechtlichen Praxis angeführt werden können, ſo muß dies doch auf ſolche beſchränkt werden, welche nicht auf bloß particularrechtliche Normen gebaut ſind [43]). Nicht anders verhält es ſich aber mit der Brauchbarkeit der ſeit 1561 emanirten Reichsgeſetze für unſere Oſtſeeprovinzen. Fehlt dieſen Geſetzen, wie Neumann ſelbſt anerkennt, die unmittelbare Anwendbarkeit, ſo darf auch ihre mittelbare Einführung durch die Doctrin nicht ſtatuirt werden. Daß dieſe Grundſätze auch da Anwendung leiden, wo, wie in Eſthland und Curland, das Allegiren von Meinungen der Rechtsgelehrten in gerichtlichen Schriften üblich und zuläſſig iſt [44]), und daß eben daher überall auf die Quelle der Doctrin zurückgegangen werden muß, unterliegt wohl keinem Zweifel. — Wie übrigens nicht leicht eine Regel aufgeſtellt werden mag, die keine Ausnahmen zuließe, ſo iſt es auch mit der eben vertheidigten der Fall, und zwar dürften ſolche Ausnahmen in folgenden zwei Fällen eintreten:

a) Wie das bereits eben vergleichsweiſe angeführte Poſtjuſtinianeiſche Recht als Hülfsmittel für die Interpretation der Juſtinianeiſchen Rechtsbücher erſcheint [45]), ſo ſind ohne Zweifel auch die ſpäteren Reichsgeſetze bei uns brauchbar für die Auslegung der älteren, ſo z. B. die Reichspolizeiordnung vom J. 1577 für die älteren

---

41) Wir wiſſen wohl, daß die practiſche Regel: Quidquid glossa non agnoscit, illud nec agnoscit curia (welche auch in den Oſtſeeprovinzen anerkannt iſt: G. v. Engelhardt a. a. O. S. 39 fg., v. Ditmar l. c. S. 24) beſonders in neuerer Zeit angefochten worden iſt (vgl. Mühlenbruch a. a. O. § 18 a. E.); allein ſie iſt durch Jahrhunderte dauernde Praxis ſanctionirt. Vergl. übrigens unten Anm. 47.

42) Z. B. auf die Baſiliken, die Novellen Leo's ꝛc.

43) Maurenbrecher a. a. O. § 17.

44) In Livland iſt es verboten: ſ. v. Bunge's Privatrecht § 13 № 1.

45) J. F. L. Göſchen, Vorleſungen über das gemeine Civilrecht. Bd I. (Götting. 1838. 8.) S. 73 fg.

Polizeiordnungen; ja es dürfte ſelbſt den ſog. Concepten der Kammergerichtsordnung von den Jahren 1613 und 1772, wiewohl ſie auch in Deutſchland nicht Geſetzeskraft erlangten, eine Berückſichtigung der Art nicht zu verſagen ſein [46]. Die Brauchbarkeit der neueren Reichsgeſetze geht aber

b) auch noch weiter, indem denjenigen ſich darauf ſtützenden Lehren der Doctrin, welche bereits von der Praxis, und namentlich durch die Obſervanz, förmlich recipirt worden ſind, die practiſche Anwendbarkeit allerdings nicht verſagt werden dürfte [47]. In dieſer Beſchränkung, als Ausnahme von der entgegenſtehenden Regel, ſtimmen wir der Anſicht **Neumann's** bei. Allein es muß in jedem einzelnen Falle der Art die Reception erwieſen werden, wenn ſie nicht notoriſch iſt. Letzteres dürfte namentlich in Curland ohne Zweifel mit vielen Beſtimmungen des jüngſten Reichsabſchiedes von 1654 der Fall ſein; für Eſthland liefert das Ritter- und Landrecht ein Beiſpiel, durch förmliche Reception einer Beſtimmung des Tit. 17 der Reichspolizeiordnung vom J. 1577 im Art. 4 Tit. 3 B. IV [48].

3) Wir kommen endlich auf die letzte Nebenfrage: ſind dort, wo das Eſthländiſche Ritter- und Landrecht

---

46) Wie zweckmäßig eine ſpätere, unmittelbar nicht gültige Geſetzgebung auch bei uns für die Aufklärung von Inſtituten gebraucht werden kann, die das ältere Recht noch nicht vollſtändig ausgebildet hatte, davon iſt in der Abhandlung über die Livländiſche Querel in dieſem Hefte (ſ. oben S. 247 fgg.) ein höchſt intereſſantes Beiſpiel gegeben worden.

47) Aus demſelben Grunde können auch Grundſätze, welche zunächſt auf unglоſſirten Stellen des Corpus iuris beruhen, — z. B. über die Erbfähigkeit der juriſtiſchen Perſonen — durch Reception von Seiten der Praxis Gültigkeit erlangen.

48) Ein lehrreiches Beiſpiel gewähren hier noch die Stadtrechte, die häufig nicht in der Form, in der ſie urſprünglich anderen Städten verliehen oder von ihnen recipirt ſind, ſondern in der Bearbeitung, die ſie lange nachher in der Mutterſtadt erhalten haben, angewendet werden. An ſich muß ſolchen ſpäteren Bearbeitungen die Anwendbarkeit in den früher damit bewidmeten Tochterſtädten ohne Zweifel abgeſprochen worden; wo ſie aber — wie z. B. in Reval und Weſenberg mit dem Lübiſchen, in den Städten Livlands mit dem Rigiſchen Stadtrecht der Fall iſt — von der Praxis einmal anerkannt worden, beſeitigt dieſe Anerkennung alle Zweifel.

gilt, die Deutſchen Reichsgeſetze bloß in ſo weit anwendbar, als ſie in daſſelbe ausdrücklich aufgenommen ſind, oder auch weiter? Wir können uns bei der Beantwortung um ſo kürzer faſſen, als dieſelbe Frage in Bezug auf das Verhältniß des Röm. Rechts zum Ritter- und Landrecht in dieſen Erörterungen bereits durch v. Madai mit Umſicht und Scharfſinn behandelt worden iſt, worauf wir daher hier nur hinzuweiſen brauchen [49]). Eine durchgreifende Regel aufzuſtellen, iſt auch hier ſchwierig; indeß dürfte doch — da das R. und LR. ausdrücklich die ſubſidiäre Anwendung des gemeinen Rechts anordnet [50]) — im Allgemeinen anzunehmen ſein, daß überall, wo keine ganz excluſive Faſſung dem entgegenſteht, auch die nicht in das R. und LR. aufgenommenen Beſtimmungen der Deutſchen Reichsgeſetze ſubſidiäre Anwendbarkeit im Eſthländ. Landrecht haben.

Nachtrag zur Abhandlung IX.

Als der Druck der obigen Abhandlung bereits beendet war, erhielt ich von dem um das Polniſche Recht ſo verdienten Gelehrten, Herrn Profeſſor Maciejowsky, dem ich meine Anſicht in Betreff des § 182 der Curländ. Stat. mitgetheilt hatte, folgende, dieſelbe beſtätigende Erwiederung: „Der § 182 der Curländ. Stat., wie Sie ihn mir mittheilen, iſt in der That wörtlich aus dem älteſten Polniſchen Rechte entlehnt. Dies Recht iſt zwar ſchon in den Statuten Caſimir d. Gr. modificirt, doch hie und da wird noch darauf in demſelben Statut angeſpielt (pag. 89 edit. Bandtke) [1]); aber wörtlich iſt es noch in dem Recht der alten Maſuren (statuta Masoviae edid. Bandtke pag. 434) enthalten. Die Sache erklärt ſich aus der Gütergemeinſchaft der Slaven (ſ. meine Slaviſche Rechtsgeſchichte): der Vater und der Sohn waren in Gütergemeinſchaft; heirathete der Vater zum zweiten Male, ſo mußte er ſeine Güter mit dem Sohne (den Söhnen) theilen.“ v. Madai.

49) S. oben S. 284 fg.

50) B. I. Tit. 15 Art. 6, Tit. 32 Art. 1, B. V. Tit. 48 Art. 2.

1) Vgl. hierüber das von mir oben in meiner Abhandlung S. 237 Bemerkte.

XIII.

Actenmäßige Darſtellung eines merkwürdigen Criminalfalls.

Aus vorliegenden Original-Acten referirt und mit einer critiſchen Beleuchtung, über Zurechnung und Größe der Strafbarkeit, begleitet

von dem Herrn Aſſeſſor des Livländiſchen Hofgerichts und Ritter M. v. Wolffeldt in Riga.

Auf dem Hofe K. im M... ſchen Kirchſprengel des W... ſchen Kreiſes verbreitete ſich in den letzten Tagen des Mai Monats 1820 das Gerücht, als habe auf dem Beihofe O. die unverehelichte Viehmagd Magdalena ein todtes Kind heimlich geboren und bei Seite geſchafft. Von der Verwaltung des Gutes wurden die erforderlichen Nachforſchungen angeſtellt, auch die Beſchuldigte befragt, welche aber bis dahin die Anſchuldigung leugnete, als man, durch Unterſuchung ihres körperlichen Zuſtandes und des Vorhandenſeins der Milch in den Brüſten, ſie der ſtattgehabten Niederkunft überführte. Die nunmehr Geſtändige bezeichnete in dem nahgelegenen Garten den Ort, wo ſie die todtgeborene Leibesfrucht verſcharrt, die man ſogleich wieder hervorholte und zur ärztlichen Obduction brachte.

Man fand den kleinen Leichnam vollkommen gekleidet, nach Weiſe der neugebornen Kinder gewickelt, mit einem Häubchen angethan, und außerdem noch in ein ſtarkes weißes Tuch eingehüllt und mit dieſem in das Grab gelegt.

Bei der Obduction fand der Kirchſpiels-Arzt Dr. N..... den kleinen Leichnam, männlichen Geſchlechts, völlig ausgetragen, mit Nägeln an Händen und Füßen, langen Haaren und ganz feſter ausgebildeter Haut; übrigens ganz rein gewaſchen und den Nabelſtrang mit einem doppelten Zwirnfaden gehörig unterbunden. An dem ganzen Körper fand ſich kein Zeichen der geringſten Abnormität, und nur die Stirn und die Augenbogen, vorzüglich der linken Seite, zeigten ein ſchwarzblaues Anſehen, während aus der Naſe blutige Jauche floß.

Schon äußerlich konnte der Obducent einen Schädelbruch deutlich fühlen, und nach Hinwegräumung der äußern Bedeckungen ergab ſich das Stirnbein der linken Seite zerbrochen, mehrere Blutgefäße zerriſſen und das Gehirn ſtark mit Blut unterlaufen.

Die Eröffnung der Bruſthöhle zeigte die Lungen in normaler blaßrother Farbe, ſie ſchwammen auf dem Waſſer, ziſchten beim Zerſchneiden, und gaben dadurch den Beweis, daß das Kind bei oder nach der Geburt geathmet gehabt. Im Unterleibe waren alle Theile im normalen Zuſtande, wie ſich denn auch äußerlich an dem Leichnam, weder an dem Rücken noch an der Bruſt, dem Halſe oder Bauch, irgend ein Fleck zeigte. Der Obducent ſtellte ſein Gutachten über die Todesurſache

dahin: daß die Verletzung an dem Kopfe des Kindes abſolut tödtlich gewirkt habe.

In der vorläufigen Befragung hatte die Inculpirte angegeben, daß ſie am Tage vorher um die Mittagsſtunde in ihrem gewöhnlichen Schlafzimmer, in Abweſenheit aller Mitbewohner deſſelben, das Kind geboren, welches aber nicht gelebt, da, als ſie es von dem Boden, wohin es von ihr geſchoſſen, aufgehoben, daſſelbe völlig leblos geweſen. Sie hatte den Nabelſtrang mit einem Bindfaden unterbunden, um das fernere Bluten zu verhindern, den Leichnam ſodann gewaſchen und in die früher ſchon von ihr für das zu erwartende Kind gefertigten Kleidungsſtücke gekleidet, für's erſte aber in ihrem Kaſten ein paar Stunden liegen laſſen, bis ſie ſich ſelbſt ſtark genug gefühlt, den Leichnam in den an dem Hauſe befindlichen Garten zu tragen, und dort, nachdem ſie ihn in ein Leichentuch gehüllt, in ein ausgeſcharrtes Loch zu verſenken und mit etwas Erde zuzudecken.

Nach beſtehender Ordnung wurde nunmehr die Inculpirte wegen ihres Verfahrens in Beſeitigung des Leichnams, und dadurch zugleich bewirkten Verheimlichung ihrer Niederkunft, insbeſondere wegen des hierbei unterlaufenden Verdachts ſtattgehabter doloſer Tödtung des Kindes, wohin die an dem Kopfe deſſelben gefundene Verletzung ſchließen ließ, dem Criminalgerichte zur ferneren Befragung und Aburtheilung übergeben, und iſt

aus den Verhandlungen des Ordnungs-Gerichts, wie des Landgerichts, nachfolgendes Actengemäße zu referiren.

Magdalena, 29 Jahre alt, Lutheriſcher Confeſſion und ordnungsmäßig ad sacra admittirt, hat überall, von der Gutsherrſchaft, dem Ortsprediger und von ihren Dienſtgenoſſen, das beſte Sittenzeugniß, und zugleich das eines ſehr ſanften und duldſamen Gemüths erhalten; ſie war unverehelicht, jedoch war es als abgemachte Sache betrachtet worden, daß der Hofesaufſeher Andrees K. ſie zum Weibe nehmen würde, als plötzlich dieſer ſich um ein anderes Mädchen beworben und dieſes geehelicht. In Beziehung auf ihr Verhältniß zu Andrees K. hat nun Magdalena ihr Bekenntniß zu den Acten dahin abgelegt, daß ſie unter Zuſicherung nachfolgender Ehelichung durch ihn geſchwängert worden, ihren Leibeszuſtand aber allererſt dann ihrem Verführer entdeckt, als dieſer ſich anderweit verehelichen wollen.

Andrees K. hatte dieſes ihr Vorgeben nur für einen Kunſtgriff gehalten, ihn zur Eingehung der Ehe mit ihr zu bewegen, zumal ſie durch keine äußerlich bemerkbare Veränderung ihrer Geſtalt ihr Vorgeben unterſtützte, und daher ihr Mahnen an Verheirathung mit ihm zurückgewieſen, ſeine Bewerbungen um ſeine neue Braut fortſetzend, wogegen Magdalena, wahrſcheinlich aus Furcht vor der damit verknüpfen Veröffentlichung ihrer geſchwächten Mädchenehre, keinen gerichtlichen Schritt that. Sie hatte zwar Niemandem ſonſt eine ausdrückliche Anzeige von ihrer Schwangerſchaft

gemacht, ſcheint ſich aber in ihr Schickſal ergeben gehabt zu haben, da ſie für das zu erwartende Kind die erforderlichen Kleidungsſtücke, an Wäſche, Windeln, Tüchern und Hauben, in Gegenwart ihrer Dienſtgenoſſen verfertigte, und es fand daher zwiſchen ihr und den letztern eine ſtillſchweigende Uebereinkunft wegen ihres körperlichen Zuſtandes ſtatt, wodurch ihre Schwangerſchaft zwar nicht von ihr ausdrücklich angezeigt, jedennoch eine allen bekannte Sache war, über welche man die Magdalena um ſo weniger ausdrücklich befragen wollte, als man einestheils über die Sache ſelbſt in Gewißheit war, anderntheils aber die durch die Untreue des Andrees K. ohnehin ſehr Gebeugte nicht noch mehr betrüben mochte. Unter ſolchen Vorbereitungen, Rückſichten u. ſ. w. kam die Zeit der Verheirathung des Andrees K. herbei, und, ſonderbarerweiſe, auch die der Entbindung ſeiner verlaſſenen Geliebten, obwohl ihr unbewußt. In demſelben Hauſe feierte Andrees K. ſeine Hochzeit in der einen Hälfte deſſelben, in welchem, nur durch ein Vorhaus getrennt, in der andern Hälfte, Magdalena, in ihrem gewöhnlichen Zimmer, ſchwer krank zu Bette lag. Die Feſtlichkeit am Sonntage Mittags hatte die übrigen Einwohner dieſes Zimmers, Viehmägde und Corden (denn Inquiſitin war ſogenannte Hofmutter oder Aufſeherin über ſämmtliche Viehmägde des Gutes) alle auf die andere Seite des Hauſes geführt, während ſie allein, den entſetzlichſten körperlichen Leiden und auch wohl den Qualen der Eiferſucht überlaſſen war, welche ihre Entbindung herbeiführten und

begleiteten. Ueber den Act der Geburt ihres Kindes deponirt Magdalena: ſie habe mit den heftigſten Leibwehen auf ihrem Bette gelegen, und zugleich brennenden Durſt gefühlt; unfähig ſich ſelbſt zu helfen, habe ſie laut nach Hülfe und nach einem Trunck Waſſer gerufen, aber dieſer Hülferuf war ungehört in dem von drüben herſchallenden Jubel verklungen, und in dem Schmerz, und in der Verzweiflung über ihre gänzliche Verlaſſenheit, hatte ſie mit Anſtrengung aller Kräfte aus dem Bette ſpringen wollen, ſich einen Trunk zu holen, war auch mit dem rechten Bein über das linke aus dem Bette auf den vor demſelben befindlichen Tritt oder Stufe getreten, als die Geburtswehen in dieſer für die Entbindung bequemen Stellung mit ſolcher Geſchwindigkeit und Gewalt die Leibesfrucht der Inquiſitin hervordrängten, daß ſie unaufhältlich zu Boden ſchoß, und Magdalena, unfähig ſich zu helfen, ohnmächtig in das Bette zurückgeſunken war.

Wie lange ſie in dieſer Bewußtloſigkeit zugebracht, hat ſie nicht beſtimmt angeben können: ihrer Meinung nach, wenigſtens eine Stunde; ſie war erwacht und hatte gefunden, daß ihr während der Ohnmacht die Nachgeburt abgegangen; Niemand war bei ihr, lauter Jubel noch im Hochzeitszimmer. Sie hatte ihr Kind von der Diele aufgehoben und daſſelbe entſeelt gefunden, es für's erſte in ihrem Bette verborgen, um das Blut auf dem Tritt vor dem Bette und auf der Diele wegzuſchaffen, was ſie Alles ungeſtört thun können. Erſt nachdem dies Alles geſchehen und ſie den kleinen Leich-

nam in ihren Kaſten eingeſchloſſen, auch ſich, ermattet, wie ſie geweſen, wieder auf ihr Beite niedergelegt, waren zwei ihr untergebene Mägde an daſſelbe gekommen, hatten ſich nach ihrem Befinden und nach den Blutſpuren auf Tritt und Diele erkundigt, und zur Antwort erhalten, daß ſolche durch plötzlichen Eintritt ihrer Menſtruation erfolgt ſeien. Den Mägden aber, welche wie alles übrige Volk von der Schwangerſchaft der Magdalena überzeugt waren, wollte dieſe Angabe nicht glaublich erſcheinen, und durch den von ihnen geſchöpften Verdacht, Magdalena dürfte geboren haben, den ſie nicht verhehlten, erſcholl das Gerücht hierüber immer weiter und bis in den Hof K., von wo aus denn auch die Nachfrage, wie bereits referirt worden, vorgenommen, und was geſchehen, entdeckt wurde. Ehe es jedoch hierzu kam, hatte Magdalena zu Folge ihrem weitern Geſtändniſſe, während eines kurzen Alleinſeins des Nachmittags, an dem Leichnam den Nabelſtrang unterbunden, ſodann den Körper gewaſchen, ihn in Tücher und Windeln gewickelt, noch in ein großes Tuch gehüllt, ihn ſodann in den Garten getragen und daſelbſt in ein Loch gelegt, das ſie mit Erde zugedeckt, nunmehr in der Abſicht, den ganzen Vorgang zu verheimlichen, um ſolchergeſtalt ihrem Verführer nicht den Triumph zu gönnen, daß er ſie in ihrer Schande ſtecken laſſen. Dieſe Täuſchung dauerte aber nur eine kurze Zeit, denn ſchon Tages darauf war die Sache entdeckt. Ueber die an dem Kopf des Leichnams befindliche große Verletzung, weiß Inquiſitin durchaus keine andere Aufklärung

zu geben, als daß ſie durch das Auffallen des Kindes mit dem Kopfe auf die vor dem Bette befindliche Stufe und von dieſer auf den Fußboden von Lehmſchlag entſtanden ſein müſſe, jede Verſchuldung hieran, leugnet ſie. Soweit gingen die Geſtändniſſe der Magdalena; was in der weiteren Unterſuchung und Befragung ausgemittelt und durch die Ausſagen anderer Perſonen zu den Acten erhoben worden, beſteht in Folgendem:

1) Es wurde feſtgeſtellt, daß das Bette der Magdalena dergeſtalt an einer Wand befindlich war, daß der darin Schlafende letztere zur rechten Seite hatte. Das Bette war auf ſo hohen Füßen, daß man, um in daſſelbe gelangen zu können, einen ſtarken, bekanteten Balken als Stufe vor das Bette gelegt hatte, und doch dieſer von der obern Fläche des Bettes, noch 2 Fuß 5 Zoll tiefer lag.

2) Der Fußboden in dem Zimmer war eine unebene Tenne von Lehmſchlag.

3) Auf der Stufe, wie auf dem Boden vor dieſer, fand man Blutſpuren von bedeutender Ausdehnung, obwohl nicht zu erkennen, daß ſie durch Waſchen vertilgt werden ſollen.

4) Auch in dem Kaſten der Magdalena waren einige Spuren von aufgefloſſenem Blute.

5) Durch die einſtimmige Ausſage der Hausgenoſſen der Inquiſitin wurde ihre Angabe, daß ſie das Kinderzeug ganz öffentlich verfertigt, beſtätigt, und ſogar ausgemittelt, daß ſie den Mägden Anne und Marie, auf ihre

neckenden Nachfragen, für wen ſie dieſes Kinderzeug mache, da ſie doch kein Weib ſei, geantwortet: „ich bin zwar kein Weib, aber eine Sünderin, und muß geduldig die Folgen meiner Sünde tragen und hüten, wahret Euch, daß man Euch nicht ſo berücke als mich."

6) Gleichfalls durch die Ausſagen ihrer Hausgenoſſen wurde zu den Acten verſichert, daß, ſo ſanft und freundlich dieſelbe während ihrer Schwangerſchaft geweſen, ſo ſehr erbittert habe ſie ſich doch gegen ihren Verführer gezeigt, und es ſei ein Paarmal geſchehen, daß Magdalena über die höhnenden Neckereien des Andrees K.: wie ſie ihn gern ehelichen möchte, aber er ſich eine jüngere und hübſchere Braut gewählt habe, in krampfhafte Convulſionen verfallen, und ſogar die Gutsverwaltung, welche in dem Disponenten K. beſtand, veranlaßte, dem Andrees K. dergleichen Verhöhnungen für immer zu unterſagen.

7) Andrees K. über ſein Verhältniß zur Magdalena befragt, geſtand unverholen ein, ſie unter dem Verſprechen der nachfolgenden Ehe, ſich geneigt gemacht, und ſie ſodann verführt zu haben, daß ſie ihm aber, nach erlangter Gunſt, nicht länger gefallen, obwohl er ihr ſonſt nichts Schlimmes nachſagen könne, und er ſich nur eine jüngere Braut gewünſcht und geſucht. Er geſteht ein, daß Magdalena ihm zweimal geſagt, wie ſie durch den etwa 14 Tage dauernden vertrauten Umgang mit ihm ſchwanger ſei, er es ihr aber nicht geglaubt, und es nur für einen Kunſtgriff von ihr gehalten, ihn zur Realiſirung ſeines Eheverſprechens zu ver-

mögen. Ferner geſteht Andrees K. ein, daß, da er wirklich nicht geglaubt, daß ſie ſchwanger ſei, Magdalena wegen ihrer Liſt, ihn zum Heirathen zu zwingen, ihm widerlich geworden ſei, und er ſich allerdings jenen Hohn gegen dieſelbe erlaubt gehabt. Uebrigens giebt ihr auch dieſer Andrees, in Rückſicht ihrer Gutmüthigkeit, ſonſtigen Sittſamkeit, Fleiß und Treue, ein ſehr warmes Zeugniß.

Zwiſchen den Ausſagen der Magdalena, daß ihr Kind todtgeboren, und dem ärztlichen Befundſcheine bei der Obduction des Leichnams, fand der Widerſpruch ſtatt, daß Letzterer aus den Reſultaten der Lungenproben deducirt, das Kind habe in oder nach der Geburt geathmet, alſo gelebt. Dieſer Widerſpruch begründete in Beziehung auf die große Kopfverletzung an dem Leichnam um ſo mehr einen Verdacht wider ſie, als ſie durch die Verheimlichung ihrer Entbindung einestheils den ſchon geſetzlich bezeichneten Verdachtsgrund für doloſes Verhalten ins Leben ſtellte, anderntheils in vorliegendem Falle dieſes Indicium um ſo gewichtiger war, als Magdalena vor ihrer Entbindung keinenfalls die Abſicht verrathen, ſich ihrer Leibesfrucht entäußern zu wollen, vielmehr alle Vorkehrungen getroffen, welche zur Wartung und Pflege des zu gebährenden Kindes dienlich, mithin bei oder nach der Geburt Motive gewirkt haben mußten, welche die Verheimlichung nunmehr und ſo ſehr nothwendig machten, daß ſelbſt die in der Inquiſitin vorhandene Ueberzeugung von der Kenntniß ſo vieler Perſonen über ihren ſchwangern Leibeszuſtand

und der daraus fließenden Gewißheit augenblicklicher Entdeckung des Vorgefallenen, durch ihre veränderte Natur u. ſ. w., nichts gegen die Beweggründe zur Verheimlichung vermocht hatten.

In Folge ſolcher Betrachtung war es nothwendig, daß man in der Inquiſition wider Magdalena, eben wegen der an dem Leichnam befindlichen großen Kopfverletzung und wegen doloſer Entſtehung derſelben argumentirte; allein die desfalſige Befragung lieferte nur das Reſultat;

1) daß Magdalena eingeſtanden, mehrfaches Kinderzeug, und zwar mehrere Exemplare von einzelnen Stücken, angefertigt zu haben; woraus wenigſtens ſoviel hervorzugehen ſchien, daß auf Fortleben des Kindes gerechnet, und nicht bloß eine einfache Bekleidung des Kindesleichnams angefertigt werden ſollen, mithin, ſollte dolus bei der Kopfverletzung gewirkt haben, dieſer nicht lange voraus beſchloſſen war.

2) daß das Kind wirklich bei der Geburt gelebt, was ſie nunmehr unumwunden eingeſtand, und zugleich anzeigte, daß ſie das Kind zwar nicht ſchreien gehört, aber während des Gebährens und beim Hinunterſchießen deſſelben ſehr deutlich die Bewegungen der Glieder des Kindes wahrgenommen, es aber, nachdem ſie aus der Ohnmacht erwacht, todt auf ſeinem Geſichte liegen gefunden.

3) daß **Magdalena** ſich im Verhör, bei Ableugnung ihrer Schuld an dem Tode des Kindes, ſehr verlegen benommen, ſich zwar eine große Sünderin genannt, aber mit großer Beſtimmtheit und unbefangen jede Verſchuldung an der großen Kopfverletzung des Kindes in Abrede geſtellt;

4) daß ſie ſogar in der angeſtellten prieſterlichen Admonition dieſe letzerwähnte Verſchuldung unabweichlich leugnet, indem ſie mit dem ſo häufig vorkommenden Refrain ſchließt:

„ich bin zwar eine große Sünderin, aber an der Kopfverletzung des Kindes habe ich nicht die geringſte Schuld, ſo wahr mir Gott helfe!“

5) daß ſie endlich auf die Nachfrage, woher ſie ſich für eine große Sünderin halte, die Verheimlichung ihrer Niederkunft vorgeſchützt, hierbei ſich aber dermaßen verlegen benommen, daß man wohl vermuthen können, ſie verberge noch ein Geheimniß, dem jedoch durch kein erlaubtes Mittel der Inquiſition beizukommen geweſen.

Hiermit mußte die Unterſuchung als geſchloſſen angeſehen werden, da kein Mittel ferner übrig war, Ueberzeugung zu erlangen, ob die einzige von dem Obducenten angegebene Todesurſache in concreto von **Magdalena** doloſe herbeigeführt, oder nur zufällig, in der von ihr vermutheten Art, eingetreten war. Die Erfahrung lehrt freilich, daß bei ſtehend erfolgter Geburt dergleichen tödtliche Verletzungen des Kopfes, wie die in

Frage ſtehende, häufig eintreten, und Eſchenbach [1]), Daniel [2]), Büttner [3]) führen mehrere Beiſpiele hiervon an, indem dieſe, wie mehrere andere Gerichts-Aerzte, die Fälle ſehr häufig finden, wo Schwangere, theils durch Ueberraſchung, theils abſichtlich ſtehend gebären, und durch das Aufſchießen der Leibesfrucht auf harte Gegenſtände tödtliche Contuſionen und abſolut tödtliche Schädelbrüche herbeigeführt ſind.

Die Frage, ob in vorliegendem Falle die in Rede ſtehende Kopfverletzung durch die angegebene Veranlaſſung entſtanden, d. h. ob wirklich Magdalena in der erzählten Art geboren gehabt, und durch Aufſchießen des Kopfs ihres Kindes auf den harten Boden die Verletzung deſſelben verurſacht worden — abſtrahirt von allem dolus hierbei — gehört in die Reihe derjenigen, welchen niemals eine Beantwortung, mit juridiſcher Gewißheit, zu Theil werden kann; ſofern hierüber nur die Ausſage der beſchuldigten Perſon ſelbſt entſcheiden kann, deren Intereſſe es eben iſt, die Frage zu verneinen. Das ſcheint aber auch nicht der Standpunkt, von dem aus der Fall zu beurtheilen. Es iſt keineswegs für die Beſchuldigte die geſetzliche Verpflichtung vorhanden, mit juridiſcher Gewißheit den Beweis zu führen, daß ihre Angabe, ſtehend — wie ſie ausgeſagt — geboren zu haben,

1) Sammlung med. Respons. Cas. I.

2) In einem eigenen Gutachten ſeiner Sammlung Cas. 71.

3) Vom Kindermorde, Observ. 27.

dergeſtalt, daß ihre Leibesfrucht ex utero zu Boden geſchoſſen, vollkommen wahr ſei.

Für die Wahrheit würde die Vermuthung ſtreiten müſſen, hätte nicht Magdalena, durch die Verheimlichung der Geburt, einen Verdacht im Allgemeinen wider ſich begründet, der die Nothwendigkeit allerdings herbeigeführt, für die Glaubwürdigkeit ihrer Ausſagen, zumal wenn ſie die Beſeitigung dieſes Verdachts betreffen, Beſcheinigung zu erlangen. Es frägt ſich daher, ob ſich aus der Unterſuchung Umſtände hervorthun, die nicht nur nicht den Ausſagen der Inquiſitin widerſtreiten, ſondern, mit dieſen übereinſtimmend, ihre Glaubwürdigkeit darthun. Als ſolche Umſtände oder Belege ſcheinen nur die in den Acten ſichergeſtellten bedeutenden Blutſpuren vor dem Bette der Magdalena, auf dem Balken ſowohl als auf der Diele, angenommen werden zu dürfen, da dieſe vollkommen auf die Art der Geburt, wie ſie ſie angegeben, hindeuten, und nicht vermuthet werden kann, Magdalena könnte dieſe Spuren gefliſſentlich veranſtaltet haben, um irre zu leiten, da nirgends zu den Acten erwieſen oder angedeutet werden können, daß und wo anders ſie geboren gehabt. Bei dem Mangel aller Umſtände, welche ihrer Ausſage, rückſichts der Art ihrer Niederkunft, widerſprechen könnten, finden ſich noch in ihrer Erzählung ſelbſt und in dem Leichenbefunde Data, welche, combinirt, das Bekenntniß zu unterſtützen ſcheinen.

Es hat nämlich Magdalena 1) angeführt, daß, als ſie auf dem Bette liegend, vergeblich nach Hülfe

und einem Trunk Waſſer gerufen, ſie, in Verzweiflung über ihre gänzlich hülfloſe Lage, ſich zuſammengerafft, und durch Ueberſchlagen des rechten über das linke Bein, oder richtiger, durch Umwälzung des ganzen Körpers vom Rücken auf das Geſicht, das rechte Bein auf die bekannte Stufe geſtellt, während ſie noch mit dem linken Bein auf dem Knie im Bette geblieben und ſolchergeſtalt die Geburt ſie überraſcht. Erfahrung und mechaniſche Nothwendigkeit belehren, daß dieſe Art des Erhebens aus dem Bette von Magdalena richtig angegeben worden; denn es werden ſchwangere Weiber, wie überhaupt Perſonen mit ſtarken Leibern, durch dieſe an der nothwendigen Aufrichtung der obern Körperhälfte gehindert, welche zuförderſt erforderlich iſt, um ſodann das Ausſetzen der Beine aus dem Bette, in vorliegendem Falle auf die Stufe, möglich zu machen. Nun aber iſt übrigens zu den Acten erwieſen, daß Magdalena von ihrem Bette zur Stufe, noch eine Höhe von 2 Fuß 5 Zoll hatte, von welcher ſie, auf dem Bette ſitzend, die Stufe mit den Füßen nicht erreichen konnte. Nur in der von ihr angegebenen Art konnte ſie aus ihrem Bette ſteigen wollen, aber auch nur in dieſer Art ſcheint die Stehendgeburt auf der Stufe möglich, und auf der Stufe muß ſie erfolgt ſein, da auf dieſer gerade der größte Umkreis der Blutſpur zu bemerken iſt. Wäre nun ſolchergeſtalt, wie man annehmen kann, die Entbindung erfolgt, ſo würde ſich

2) aus der Stehendgeburt die Kopfverletzung,

wenn man vom dolus abſtrahirt, am leichteſten erklären.

Denn, als Normal-Geburt, mußte das Kind aus der Gebärmutter dergeſtalt an das Tageslicht kommen, daß es das Hinterhaupt dem Geſicht der Mutter zugewendet hatte, mithin der Fall daſſelbe auf das Geſicht, und als nächſten Berührungspunct in dieſem, auf die Stirn zu Boden bringen mußte. Die durch den Aufſtoß auf die Stufe oder die Diele entſtehende Verletzung mußte alſo, unter ſolchen Vorausſetzungen, nothwendig die Stirn des Kindes treffen, und kann man noch ferner ſchließen, daß das Kind im Fallen nur den Balken oder Stufe geſtreift haben muß, da die Mutter es auf dem Boden liegen fand, ſo dürfte ſich hieraus auch erklären, daß die Verletzung der Stirn, beſonders auf der linken Seite ſtatt gefunden, da das fallende Kind nur mit ſeiner linken Seite den Balken, nach der Lage deſſelben und der Richtung der Gebärenden, berühren konnte.

Indeſſen, dieſe Argumentationen für die Wahrſcheinlichkeit der Angabe Magdalenens, über die Entſtehung der Kopfverletzung an ihrem Kinde, konnten den dringenden Verdacht nicht beſeitigen, welchen ſie ſelbſt, durch die Verheimlichung ihrer Niederkunft, wider ſich erweckt hatte. Sie konnten ihn um ſo weniger aufheben, als aus dieſem allgemeinen ein ſpecieller und dringender Verdachtsgrund, der eines mitwirkenden dolus, wurde. Die Verheimlichung der Niederkunft ſchließt den Cyclus der Verheimlichungen

deren Coexiſtenz den präſumtiven Kindermord begründet. Ihre alleinige Exiſtenz aus den Gründen, welche in der Regel bei den präſumtiven Kindermorden wirken, iſt faſt undenkbar. Denn wenn eine geſchwächte ſchwangere Weibsperſon das Schamgefühl überwunden, ihren entehrten Zuſtand, die uneheliche Schwangerſchaft, Anderen ausdrücklich oder ſtillſchweigend einzugeſtehen, wenn ſie keinen heimlichen Ort zu ihrer Niederkunft aufgeſucht, ſondern dieſe in ihrem gewöhnlichen, von Andern frequentirten Aufenthaltszimmer abgewartet, ſo fällt die Furcht vor Schande, im Beſitz eines unehelichen Kindes zu ſein, als wirkender Grund zur Verheimlichung ihrer Niederkunft, unbezweifelt weg, da jene Furcht ſchon durch das Bekanntwerden ihrer Schwangerſchaft hinlänglich überwunden war; tritt alſo dennoch die Verheimlichung der Niederkunft in einem gegebenen Falle, wie hier, ein, ſo muß ein ſolcher Umſtand um ſo mehr als ein dringender Verdacht für den dolus wirken, wenn, wie in concreto, durch den ärztlichen Befund an dem Leichnam Spuren offenbar und tödtlich angethanener Gewalt ſichergeſtellt ſind.

So dringend aber auch dieſer Verdachtsgrund wider Magdalena wegen des dolus wirkt; ſo kann doch dieſelbe, aus dieſem Verdachtsgrunde allein, nicht des doloſen Kindermordes convincirt werden, ſo wenig als er für ſich betrachtet ein Verbrechen iſt. Sowohl in dem gemeinen Rechte, und zwar in der P. G. O. Art. 131, als auch in dem in Livland gültigen Provincialrechte,

und namentlich in dem Königlichen Placat vom 15. Nov. 1684, pag. der Landes-Ordnungen 318, findet man nur durch die Coexiſtenz: der verheimlichten unehelichen Schwangerſchaft, des heimlichen Gebärens und der verheimlichten Niederkunft, das Verbrechen des Kindermordes, auch gegen die leugnende Angeklagte, als begründet angenommen, in Folge deſſen derſelben das Crimen infanticidii zugerechnet und wider ſie die Todesſtrafe aberkannt werden ſoll, auch wenn ſonſt kein Beweis für wirklich doloſe Tödtung des Kindes vorhanden. Dieſes Geſetz hat zu ſeiner Strenge keinen andern Grund, als, durch die Furcht vor der Strafe, das bei jenen Geſammt-Verheimlichungen faſt allein wirkende Motiv, die Furcht vor dem Verluſt der Geſchlechtsehre, zu überwinden, weil dieſe Furcht und die aus ihr hervorgehenden Verheimlichungen, durch die Hülfloſigkeit der Gebärenden, dem werdenden Staatsbürger lebensgefährlich werden kann; denn an ſich läge in dieſen Verheimlichungen kein Unrecht, ſofern nicht die Rechte Dritter dadurch gefährdet würden, da nur das Recht Anderer die Beſchränkung unſerer Willensfreiheit und die Norm zu unſeren Verpflichtungen iſt.

Hat nun aber der Geſetzgeber an die Coexiſtenz der drei Verheimlichungs-Requiſite beſtimmte Folgen geknüpft, ſo können ſie auch nur in ihrer Coexiſtenz und nicht einzeln als Vorausſetzungen zu jenen Schlußfolgen betrachtet, und alſo auch nur jede Verheimlichung einzeln, wenn ſie als ſolche vorkommt, nach ihrer eigenthümlichen Qualität und nach ihrer ſpeciellen Beziehung

zu dem vorliegenden Fall, gewürdigt werden. Daher kann jedes einzelne Requiſit der Verheimlichungen weder allein als ein Beweis des doloſen Kindermordes, noch an ſich als ein Verbrechen betrachtet werden, ſondern bietet es nur einestheils durch ſeine eigenthümliche Beziehung zu dem gegebenen Fall, wie hier die Verheimlichung der Niederkunft, einen ſchwächern oder dringenderen Verdacht, und kann anderntheils an ſich nur ſtrafbar werden, ſofern es gegen die polizeiliche Ordnung, durch eigenthätiges Verſcharren eines menſchlichen Leichnams an ungeweihter Stätte, verſtößt. 4)

Zur Erledigung der Frage, was in vorliegendem Falle der Magdalena zu imputiren ſei, konnte ſich die Antwort nur darauf beſchränken, daß, aus der verheimlichten Niederkunft, unter den ſpeciellen Umſtänden, wo Furcht vor Schande nicht das alleinige Motiv hierzu geweſen, der Verdacht wider ſie, die tödtliche Verletzung an dem Kopfe des Kindes doloſe veranlaßt zu haben, als begründet bis dahin beſtehen bleiben müſſe, als fernere Beweiſe für die Schuld oder für die Unſchuld derſelben aufgefunden werden ſollten, und daher ſie bis zum Eintritte dieſer Beweiſe ab instantia zu abſolviren und unter gutspolizeilicher Aufſicht zu halten, für das heimliche Verſcharren des Kindesleichnams aber mit

---

4) Mit dieſer Anſicht ſtimmen überein: J. C. Woltaer: de iure poenarum graviditatis celatae et parturitionis clandest. dubio. Halae 1800. Bartz: über die Strafbarkeit verbr. Schwangerſchaft und Geburt, im Archiv Bd. VI. 2. № 4.

arbitrairer polizeilicher Züchtigung anzuſehen geweſen ſein würde.

Zur Abfaſſung dieſer Entſcheidung war das Gericht bereit, als Magdalena eines Abends dringend um ein Verhör bitten ließ, welches ihr ſogleich geſtattet wurde. Auf die an ſie gerichtete Frage, was ſie dem Richter vorzubringen habe, war dieſelbe in ſichtbarer Verzweiflung auf die Knie gefallen, und hatte unter Händeringen und Schluchzen gerufen:

„Ich habe immer geſagt, ich ſei eine große Sün„derin, aber dem Richter immer zu verheimlichen „geſucht, wodurch ich dies bin; es läßt mir keinen „Augenblick mehr Ruhe, wenn ich allein in meinem „Gefängniſſe bin, immer quält mich die verheim„lichte Schuld, ich muß ſie geſtehen, vielleicht iſt „mir Gott dann gnädiger geſinnt.“

Qust. Man müſſe ſie alſo ermahnen, durch ein wahrhaftes Geſtändniß ſich ſelbſt die Gewiſſensangſt zu erleichtern?

Resp. (noch immer auf den Knieen.) Ich habe mein Kind ermordet!

Nachdem ſie dieſe wenigen Worte ausgeſtoßen gehabt, war ſie ohnmächtig zuſammengefallen. Durch geeignete Mittel hatte man ſie ermuntert, ihr einen Stuhl gereicht, und fragte ſie nunmehr, nach Verlauf einiger Zeit:

Qust. Ob ſie ſich ſchon ſo weit gefaßt und erholt habe, ihr Geſtändniß fortzuſetzen?

Resp. (weinend). Ja, ich habe mit eigener Hand mein armes Kind ums Leben gebracht.

Man forderte nunmehr die Bekennende auf, die Art, wie ſie dies gethan, umſtändlich anzugeben, und dieſelbe erzählte nun unter fortwährendem Jammern: daß, als ſie das Kind in der beſchriebenen Art ſtehend geboren gehabt, und ſie aus der Ohnmacht erwacht, ſie durch die erlittenen Qualen, und den mit dieſen in ſo grellem Widerſpruch ſtehenden lauten Jubel bei dem Hochzeitsgelage ſo ſehr in Wuth und Verzweiflung gerathen, daß ſie aus dem Bette geſprungen, das auf der Diele, in ſchon beſchriebener Art ruhig liegende Kind von hinten um den Hals gefaßt und denſelben dermaßen zuſammengedrückt, um das Kind zu erwürgen, daß ſie unter ihren beiden Fingern, die vorn auf dem Halſe des Kindes zuſammengetroffen, ein gewiſſes Knirſchen, wie von einem Bruch oder Quetſchung, gefühlt. In dieſer Art habe ſie ihr Kind auf das Bett gelegt und dort todt liegen laſſen, bis ſie indeſſen die Blutſpuren vertilgt; denn nunmehr habe ſie den Entſchluß gefaßt, die ganze Sache zu verheimlichen, weil ſie wohl vorausgeſehen, daß man dem Leichnam gleich anſehen werde, daß ſie ihn erwürgt habe. Man befragte ſie nun weiter:

Qust. Ob das Kind geſchrieen, als ſie es am Halſe vom Boden aufgehoben?

Resp. Nein.

Qust. Welche Bewegungen das Kind gemacht, als ſie demſelben auf die beſchriebene Art den Hals gewürgt?

Rsp. Das Kind lag auf dem Geſichte zu Boden, und als ich es am Halſe in die Höhe gehoben, hingen

Arme und Beine deſſelben ſchlaff herab, ſo habe ich es einige Zeit gehalten, ohne daß das Kind nur ein Glied gerührt hat, wozu es auch wohl zu klein und ſchwach war.

Qust. Ob dem Kinde etwa die Augen oder die Zunge ausgetreten, als ſie es gewürgt?

Rsp. Nein, dazu hatte ich wohl die Kehle zu feſt zuſammengepreßt; — nur der Mund war ein wenig aufgegangen, nachher war er wieder geſchloſſen.

Qust. Ob ſie beim Zuſammendrücken der Kehle etwa ein Röcheln darin unter ihren Fingern gehört?

Rsp. Das konnte wohl auch nicht ſein, weil ich die Kehle ſo ſehr zuſammengedrückt hatte, daß es vorn unterm Druck meiner Finger ſolches Geräuſch machte, als ob man trockne Blätter zerdrückt.

Qust. Sie möge in ihrem Geſtändniſſe fortfahren.

Rsp. Ich habe früher nur meine entſetzliche That verheimlicht, ſonſt hat ſich Alles ſo begeben, wie ich bereits zu den Acten ausgeſagt.

Qust. Wie denn nun der Schädelbruch an dem Kinde entſtanden ſei?

Rsp. Davon weiß ich bei Gott nichts, hätte ich daran Schuld, ſo würde ich es frei eingeſtehen, wie ich jetzt ohne Rückhalt eingeſtehe, daß ich mein Kind in der beſchriebenen Art um das Leben gebracht habe.

Qust. Wodurch ſie das wiſſe?

Rsp. Es iſt doch unmöglich, daß ein kleines Kind noch leben kann, wenn ihm der Hals ſo zugewürgt

wird, als ich es an meinem Kinde gethan — und es hat doch auch nachher nicht mehr gelebt.

Qust. Welche Zeichen des Lebens das Kind während des Würgens blicken laſſen?

Rsp. Das kann ich nicht ſagen, aber es hat gewiß gelebt, da ich beim Gebären, als das Kind von mir fiel, deutlich bemerkt habe, daß ſeine Glieder ſich bewegten.

Inquiſitin wurde ferner ermahnt, einzugeſtehen, ob ſie etwa den Schädelbruch an dem Kinde herbeigeführt, aber ſie ſtellte jede desfalſige Verſchuldung beharrlich in Abrede, betheuerte, daß ſie eine ſolche gewiß eingeſtehen würde, wie ſie, zur Erleichterung ihres eigenen Gewiſſens, nunmehr den verübten Mord eingeſtanden habe, an dem hauptſächlich der Andrees K. die Schuld trage, und ſchilderte, auf die Frage: woher denn dieſer? mit Theilnahme erregendem Jammer, ihre Gemüthsſtimmung, und die Qualen, welche ſie durch Eiferſucht und durch das von Andrees K. gegen ſie geübte Unrecht, verbunden mit Spott und Hohn, erduldet, und wie ſehr dieſe Gefühle in dem Augenblicke wirken müſſen, als ſie, durch ſeine Verführung, noch die entſetzlichen körperlichen Leiden ertragen.

Es verbreitete ſich nunmehr das Verhör über den Umſtand, ob etwa Magdalena ſchon früher die Abſicht zu dem eingeſtandenen Morde gefaßt gehabt? Das Reſultat aber ergab, daß er im augenblicklichen höchſten Affect, den Eiferſucht, köperliches Leiden und überhaupt

die ganze Situation erzeugt gehabt, beſchloſſen und vollbracht war.

Hierdurch lag nun dem Richter das Geſtändniß eines Mordes vor, welches, in Rückſicht der Form der Ausübung, durch die bisherige Unterſuchung nirgends unterſtützt, ja, ſoweit die Acten hierüber durch den ärztlichen Befundſchein Ausweiſe gaben, ſogar widerlegt zu werden ſchien.

Denn, nach ausdrücklichem und wiederholtem Inhalte des Befundſcheins, war äußerlich weder auf der Bruſt, noch dem Halſe oder dem Rücken und Bauche der Kinderleiche, auch nur das geringſte Abzeichen bemerkt worden. Die Lungen waren im normalen, blaßrothen Zuſtande, und keine der drei großen Körperhöhlen boten, gleich dem Aeußern des Leichnams, irgend welche Symptome der Suffocation dar.

Hier trat alſo nun der von Schriftſtellern ſo häufig beurtheilte Fall ein, wo das Geſtändniß, zur Zeit ohne Unterſtützung durch äußere Umſtände oder durch das corpus delicti, vorlag. Der Werth eines ſolchen bedurfte aber der Würdigung nach den Grundſätzen ſowohl des gemeinen Rechts, als des einheimiſchen Provincialrechts. Muß man nun für gewiß annehmen, daß das Geſtändniß, dem Willen des Bekennenden entgegen, nicht weiter ausgedehnt werden darf, als es abgelegt worden, und daß daher in casu nicht etwa durch das Geſtändniß des Mordes auch als erwieſen angenommen werden muß, derſelbe ſei durch Zufügung jener oft bemerkten großen Verletzung des Schädels verübt, während die Be-

kennende, auf ergangene Frage, dieſem ausdrücklich widerſpricht, und hat man in der vorhergehenden Prüfung der Ausſagen Magdalenens über die Geburt ihres Kindes und die angegebene Art derſelben, in Beziehung auf jenen Schädelbruch, das Reſultat gewonnen, daß das ſolchergeſtalt von ihr Deponirte wahrſcheinlich ſei; ſo muß man — ungeachtet des durch die nachfolgende Verheimlichung der Geburt unter Umſtänden, wie hier, allerdings beſtehenden Verdachts wider ſie rückſichts bösſlicher Tödtung ihres Kindes — dennoch einräumen, daß zur Zeit, durch das Geſtändniß, kein Beweis der doloſen Tödtung des Kindes durch Magdalena vermittelſt des als alleinige Todesurſache befundenen Schädelbruchs erwirkt iſt, ſofern noch immer die Möglichkeit vorhanden, daß Inquiſitin bei ihrem Bekenntniſſe im Irrthume war. Stübel [5]) ſpricht ſich über die Möglichkeiten gegen die Feſtſtellung des juridiſchen Beweiſes dahin aus:

„Es kommt bei unſeren Urtheilen und Entſchei„dungen alſo nicht darauf an, ob ſich etwas noch „als möglich denken laſſe, ſondern darauf, ob et„was als wirklich angenommen werden könne."

Wenngleich wir dem gelehrten Verfaſſer hierin beiſtimmen, ſo können doch dieſe Principien auf den vorliegenden Fall nicht Anwendung finden, da hier nicht von der Möglichkeit des Andersſeins gegen ein rechtserforderliches Geſtändniß die Rede iſt, was Stübel vorausſetzt,

---

5) Ueber den Thatbeſtand der Verbrechen § 169.

ſondern es ſich hier darum handelte: ob eben das vorliegende Geſtändniß ſeine Rechtsgenüglichkeit durch das, was ex actis über die Todesurſache des Kindes conſtiret, erhielt oder nicht.

Der Artikel 54 der P. G. O. verordnet:

„Item ſo obgemelt Fragſtück auff Bekant„nuß, die auß oder on Marter geſchicht gebraucht „worden, So ſoll alsdann der Richter an die „end ſchicken vnd nach den vmbſtenden, ſo der ge„fragt, der bekanten Miſſethat halber erzelt hat, „ſovil zu gewißheyt der Wahrheyt dienſtlich, mit „allem Fleiß fragen laſſen, ob die Bekantnuß der „obberürten vmbſtende war ſein oder nit ꝛc. „vnd ſich dieſelben vmbſtende alſo erfinden, ſo iſt „darauß wol zu merken, daß der gefragt die be„kante Miſſethat gethon hat, ſonderlich ſo er „ſolch vmbſtende ſagt, die ſich inn der Geſchicht „haben begeben, die keyn vnſchuldiger wiſ„ſen kan.“

Der 60ſte Artikel dieſes Geſetzbuches bekräftigt den citirten Artikel nochmals.

Desgleichen verordnet das in Livland geltende Provincialrecht und zwar des Königlich Schwediſchen Land-Lags Nota *) S. 471.

„Heutiges Tages iſt alſo die bloße Bekenntniß „nicht allein genug, ſondern es muß auch von „dem corpore delicti eigentliche Gewißheit, ſon„derlich in Capital- und Lebensſachen vorhanden „ſein, denn es kann wohl geſchehen, daß Jemand

„aus Ueberdruß zu leben, oder eine andere Urſa-
„che halber, eine Miſſethat erſinnt und auf ſich
„bekennet, daran er doch unſchuldig iſt.“

Ein unwahres Bekenntniß, d. h. ein gegen beſſere Ueberzeugung abgelegtes, kann in vorliegendem Falle von Magdalena nicht vermuthet werden, ſofern ſie hierzu nur gebraucht hätte, ſich als doloſe Veranlaſſung zu jener großen Kopfverletzung an dem Leichnam zu bekennen; dieſem hat ſie aber unabweichlich widerſprochen, woraus allerdings zu entnehmen, daß es ihr mit dem Geſtändniſſe völlig ernſt iſt; aber es liegt wenigſtens ein Bekenntniß vor, das, wie jedes andere, nach Anleitung geſetzlicher Vorſchriften, der Bewahrheitung bedurfte.

Das Geſtändniß allein kann alſo, nach Inhalt der allegirten Geſetze, nicht als hinlänglicher Beweis zur Imputation eines Halsverbrechens betrachtet, und hierauf ein Straferkenntniß baſirt werden; ſondern es iſt erforderlich, daß der Bekennende die Umſtände, unter welchen er ſein Verbrechen vollbracht haben will, angebe, damit der Richter unterſuchen könne, ob dieſe wirklich exiſtirt haben, oder mit anderen wahrbefundenen Thatſachen nothwendig übereinſtimmen, zumal wenn jene Umſtände von ſolcher Natur ſind, daß ſie dem Bekennenden allein nur bekannt ſein konnten, und daher erſt ihre erwieſene Exiſtenz das Geſtändniß bewahrheitet.

Es iſt zwar außer Zweifel, daß die Eruirung dieſer Thatumſtände nicht an ſich einen vollgültigen Beweis gegen den Bekennenden zu liefern brauche, und ſolchergeſtalt neben dem Geſtändniſſe noch ein ſelbſtſtändiger Be-

weis der Schuld exiſtiren müſſe — confessus muß nicht auch convictus ſein; aber die Feſtſtellung dieſer Thatumſtände ſoll den Richter überzeugen, daß das Geſtändniß wahr ſei, — und ſtimmt dieſe Anſicht nicht nur mit den Vorſchriften der allegirten Geſetze überein, ſondern es theilen ſolche auch die vorzüglichſten Strafrechtslehrer [6]).

Die Prüfung, inwiefern Thatumſtände, welche Magdalena als Begleiter ihres Verbrechens aufgeführt hat, oder die ſonſt ausgemittelt worden und mit demſelben in Einklang ſtehen, das vorliegende Bekenntniß bewahrheiten, führt auf das Reſultat, daß nach Ausweiſung der Unterſuchungs-Acten, außer dem Verdacht, welcher in der Verheimlichung der Niederkunft beruht, als einziges Beweismittel über das, was geſchehen, der ärztliche Befundſchein vorhanden iſt, und in dieſem iſt, als einzige Abnormität an dem Kindesleichnam der oftberegte Schädelbruch, und zwar als Todesurſache, aufgemerkt.

Man muß ſich aber eingeſtehen, daß dieſe Kopfverletzung an ſich den Thatbeſtand der doloſen Tödtung nicht feſtſtellt, um ſo weniger, als die Wahrſcheinlichkeit bereits entwickelt worden, wie ſie, in der von Magdalena angegebenen Art wirklich erfolgt ſein kann, und inſofern als ein Umſtand erſcheint, der Niemand einer do-

---

6) Soden, Geiſt der Deutſchen Criminalgeſetze. Mittermaier, die Lehre vom Beweiſe im Deutſchen Strafproceſſe § 154. Tittmann, über Geſtändniß und Widerruf § 3. Abegg, Lehrbuch des Criminalproceſſes § 107 fgg. Feuerbach, actenmäßige Darſtellung ꝛc., zweiter Theil № IX.

loſen Handlung beſchuldigt, ſonder nur die Hülfloſigkeit bezeichnet, in welcher ſich die Gebärende befunden. — Wenn nun gleich in Fällen dieſer Art der zur Zeit mangelhafte Thatbeſtand durch das nachfolgende Geſtändniß ergänzt werden kann; ſo tritt doch für den vorliegenden Fall die Ergänzung des Thatbeſtandes durch das Bekenntniß, und zugleich die Liquidität des letzteren, wegen Uebereinſtimmung mit dem ſolchergeſtalt feſtgeſtellten Thatbeſtande, nicht ein. — Denn Inquiſitin leugnet unabweichlich jede doloſe Beziehung zwiſchen ihr und jener Todesurſache, es bleibt alſo dieſe ohne gegenſeitig ergänzende Beziehung zu dem Geſtändniſſe, und letzteres nur durch die Verheimlichung der Niederkunft, als Verdacht doloſer Handlungen, unterſtützt.

Dieſer Verdacht ſchließt jedoch den Irrthum, in welchem Inquiſitin wegen des Effects ihrer doloſen Handlung ſich befinden konnte, nicht aus. Denn würde ſich ergeben, daß Magdalenens Geſtändniß, rückſichts der von ihr angegebenen Art der Ermordung des Kindes, durch Umſtände beſcheinigt würde, welche dem Bekenntniſſe erſt volle Beweiskraft geben, ſo iſt eben ſo folgerecht, daß dieſes Geſtändniß zwar an ſich wahr ſein könnte, aber mit der in casu ausgemittelten Todesurſache des Kindes in offenbaren Widerſpruch treten, mithin Magdalena in Rückſicht des Effects ihrer mörderiſchen Handlung im Irrthum begriffen ſein müßte. — Alles kam alſo in der nun vorzunehmenden Unterſuchung darauf an: nachzuforſchen, ob ſich dergleichen, das Geſtändniß bewahrheitende Umſtände ermitteln ließen, und

je mehr dieſe von ſo ſpecieller Art waren, daß ſie nur der Inquiſitin bekannt ſein konnten, um ſo gewichtiger mußten ſie das Geſtändniß, als wahr niedergelegt, legitimiren. — Als einziger ſolcher ſpecieller Umſtand hob ſich aus der Erzählung der Magdalena über ihre mörderiſche Handlung an ihrem Kinde, das Knirſchen in dem Halſe des Kindes unter ihren würgenden Fingern hervor. Man veranlaßte daher eine nochmalige Ausgrabung des Leichnams, und, ungeachtet der bedeutend vorgeſchrittenen Verweſung, unternahm dennoch der örtliche Arzt die Unterſuchung des Halſes, der am wenigſten noch von Fäulniß afficirt war. Dieſe nochmalige ärztliche Unterſuchung hatte das Reſultat, daß man die knorpeligen Beſtandtheile des Kehlkopfs mit angethaner Gewalt zerknickt, zuſammengequetſcht und völlig zerſtört fand. Zugleich ſtellte der Arzt, nachdem, was wegen Entſtehung des Schädelbruchs ex actis conſtiret, erwogen und das Local nochmals inſpicirt war, ſein Gutachten dahin:

„daß in Berückſichtigung der Höhe des Standpunkts, „von wo das Kind zur Erde geſchoſſen, und wegen „der Unebenheit des Bodens vor dem Bette, auch „des vor demſelben liegenden eckigen Balkens, hohe „Wahrſcheinlichkeit dafür ſpreche, daß die Verletzung „durch Auffallen des Kindskopfes auf dieſe Gegenſtände entſtanden ſei.“

Nunmehr hatte man aus dem Reſultat dieſer Obduction einen Beleg zu der Wahrheit des von Magdalena niedergelegten Geſtändniſſes. Die mörderiſche Handlung

derſelben, welche ihr Bekenntniß referirt, war durch den Umſtand, daß man in dem Halſe des Leichnams wirklich die Erſcheinungen vorgefunden, welche ſie veranlaßt zu haben angedeutet, und die nur ihr bekannt ſein konnten, erwieſen, ſofern das von ihr angegebene Knirſchen unter ihren würgenden Fingern nichts anders ſein konnte, als das Zerknicken und Zerquetſchen des Kehlkopfes, der übrigens gleichfalls eine abſolut lethale Verletzung involvirt.

Zur näheren Beſtimmung des durch dieſe Entdekkung herbeigeführten Status der Sache, bedarf es eines kurzen Reſumé der ſich aus den Acten ergebenden Beziehungen auf die criminelle Natur des vorliegenden Falls und deſſen Verbindung mit der Inquiſitin.

Es befindet ſich:

1) an dem Kopf des Leichnams und zwar an der Stirn deſſelben, beſonders der linken Seite, Zerſchmetterung des Stirnbeins, des Augenbogens und des Schlafbeins dermaßen, daß mehrere Stücke des Schädels in das Gehirn hineingedrückt, und daſſelbe durch dieſe, wie durch Blutextravaſate, auf den angegebenen Stellen völlig zerſtört erſcheint. Die Aerzte erklären dieſe Verletzung als abſolut lethal, und, in vorliegendem Falle, als unzweifelhafte Todesurſache, geben auch die Wahrſcheinlichkeit zu, daß dieſelbe beim Stehendgebären der Inquiſitin, und dem damit verbundenen Fall des Kindes aus der Höhe von faſt 3 Fuß, entſtanden ſein könne, zumal der Fußboden auf der Stelle, wo, der Blutſpur nach, das Kind hingefallen, durch hervor-

ragende Unebenheiten dazu geeignet ſei, dergleichen Erſcheinungen zu hinterlaſſen.

2) An dem Leichnam hat man äußerlich und namentlich weder an dem Halſe, noch der Bruſt oder dem Rücken irgend einen Fleck oder Spur von Abnormität gefunden.

3) In der Bruſthöhle waren die Lungen und übrigen Organe in vollkommen normalem Zuſtande; die Lungen, von blaßrother Farbe, haben nach angeſtellter Probe geathmet, mithin das Kind ex utero gelebt. Weder in dieſer Höhle noch in der Bauchhöhle findet ſich irgend eine Spur der Suffocation.

4) Magdalena hat eingeſtanden, daß, als ſie nach der Stehend-Geburt ihres Kindes aus einer Ohnmacht erwacht, die etwa eine Stunde gedauert, ſie ſich vom Bette aufgerafft, das auf dem Geſicht vor dem Bette zu Boden liegende Kind davon aufgehoben und den Hals deſſelben dermaßen von hinten nach vorn mit ihrer Hand zugewürgt, daß ſie das Kind ſolchergeſtalt frei in der Luft hängend erhalten, der Körper aber gar keine Bewegung gemacht, auch ſie kein Röcheln des Kindes vernommen, wohl aber in der Stelle des Kehlkopfs, unter ihren auf dieſem zuſammentreffenden Fingern während des Würgens, ein gewiſſes Knirſchen oder Brechen wahrgenommen, und ſich während deſſen, wie überhaupt im Geſichte, gar keine andere Veränderung gezeigt, als daß beim Zuſammenpreſſen des Halſes der Mund ein wenig aufgegangen, ſpäter aber ſich wieder geſchloſſen habe.

5) Aus der nunmehr folgenden zweiten Obduction und Beſichtigung des Halſes an dem Leichnam hat ſich eine Zerquetſchung und Zerſtörung des Kehlkopfes ergeben, und dieſe Erſcheinung correſpondirt mit der von Magdalena vorher angegebenen mörderiſchen Behandlung des Körpers vollkommen. Endlich

6) iſt feſtgeſtellt, daß Magdalena ihre Niederkunft und den Körper ihres Kindes verheimlicht, hierzu aber nicht das gewöhnliche Motiv dieſer Verheimlichungen, Furcht vor Schande, gewirkt, ſondern daß ihrem Geſtändniſſe nach ſie gefürchtet, man werde an dem Kinde ſogleich entdecken, wie ſie es durch Erwürgen ums Leben gebracht.

Stellt man nun dieſe Ergebniſſe der Unterſuchung zuſammen, ſo folgt hieraus: daß Magdalena ein mit dem Befund an dem Leichnam vollkommen übereinſtimmendes Bekenntniß wegen des Acts des Erwürgens ihres Kindes abgelegt, und daß dieſes Geſtändniß noch durch den in der verheimlichten Niederkunft liegenden Verdacht, und das von ihr ſelbſtgeſtändige Motiv hierzu, dermaßen unterſtützt und beſcheinigt wird, wie der Art. 54 der P. G. O. und Nota * Seite 471 des Landlag ein zur Convincirung competentes Geſtändniß beſcheinigt verlangen; erwägt man ferner, daß mit dieſem Bekenntniſſe der Schuld die an dem Leichnam gefundene große Kopfverletzung völlig außer Conuex iſt, daß Inquiſitin deren Entſtehung erklärt, wie ſie, ſowohl aus dem allgemeinen Befund, als auch nach der Meiuung des Arz-

tes, als wahrſcheinlich angenommen werden muß, und darf man der Magdalena eine Schuld an dieſer Kopfverletzung um ſo weniger imputiren, als, ihrer Ableugnung gegenüber, einestheils hierzu keine haltbaren Gründe ſich vorfinden, anderntheils aber dieſelbe einen Mord in anderer Form vollbracht eingeſtanden, und daher eben ſo wenig ein Grund erſichtlich, warum Inquiſitin eine Verſchuldung ableugnen ſollte, während ſie, ihrer Ueberzeugung nach, ein Halsverbrechen bereits eingeſtanden: ſo muß ſich aus allem dem ergeben, daß der Magdalena nur das von ihr eingeſtandene Verbrechen zu imputiren, die Entſtehung des Schädelbruchs an dem Leichnam auf ſich beruhen zu laſſen, bis etwa zur Imputation auch dieſer Verſchuldung wider die Magdalena ſich ferner beſſere Beweiſe ergeben ſollten.

Wenn man aber hiernach fragen muß, welcher Beurtheilung in ſtrafrechtlicher Hinſicht **das** zu unterwerfen ſei, was aus ihrem Geſtändniſſe der Magdalena zur Laſt liegt und derſelben imputirt werden müſſen, ſo hängt die Beantwortung dieſer Frage lediglich von der Priorität des Effects beider an dem Leichnam entdeckten abſolut lethalen Verletzungen, nämlich der am Kopfe und an dem Kehlkopfe, ab. Hierüber die Gerichtsärzte zu Rathe gezogen, haben dieſelben ihr Gutachten dahin geſtellt:

„Daß der Tod des Kindes, nach Empfang der gro„ßen Verletzung an deſſen Kopfe, ſogleich erfolgt, da„her denn die Verletzung an dem Kehlkopf allererſt „nach dem Abſterben des Kindes zugefügt ſein müſſe,

„da dieſe Verletzung den Erſtickungstod nach ſich ge„zogen haben würde, der unzweideutige Zeichen hin„laſſen hätte, weder aber äußerlich noch innerlich an „dem Leichnam irgend ein Zeichen der Suffocation „zu entdecken geweſen, ja ſogar der blaßrothe Zuſtand „der Lungen letzterer widerſpreche.

Es könnten nunmehr noch über die Zurechnung und den Gegenſtand derſelben Zweifel aufſteigen, man könnte einwenden, daß Magdalena jene Halsverletzung, nachdem ſie das Kind durch die Beſchädigung des Kopfes getödtet, an demſelben vorgenommen, um nachher dieſe als Todesurſache einzugeſtehn, und dennoch nicht als Mörderin des Kindes erkannt zu werden, — wenigſtens iſt bei dem Votiren des Straf-Erkenntniſſes wirklich dieſe Anſicht geltend gemacht, und beabſichtigt worden, Geſtändniß und Todes-Urſache zu combiniren. Hiergegen iſt aber erwogen:

1) daß nirgends die Nothwendigkeit erſichtlich, warum überhaupt Magdalena ihr Verbrechen eingeſtehen müſſen, als einzig in dem Drang des ſchuldbelaſteten Gewiſſens. Sollte dieſes nun entlaſtet werden durch Geſtändniß der Schuld, ſo iſt es doch klar, daß es bloßer Selbſtbetrug und gegen den Zweck gehandelt geweſen wäre, wenn die Bekennende ſich durch eine Handlung ſollte eines Mordes anklagen wollen, von welcher ſie voraus gewußt, daß ihr dieſe nicht als Mord zugerechnet werden würde, und daß ſie alſo, in dem fortbeſtehenden Bewußtſein der verheimlichten Blutſchuld, dennoch ſollte

ihre Gewiſſensqual erleichtert glauben, welche allein ſie zum Eingeſtändniß geführt.

2) Daß das von Inquiſitin Eingeſtandene als ein Act betrachtet werden muß, der unverkennbare Zeichen der Leidenſchaft und des höchſten Affects an ſich trägt, da jede Verbindung dieſer Handlung mit ihrer frühern Ergebung in ihr Schickſal offenbar mangelt, auch die Verheimlichung ihrer Niederkunft, bei früherem Eingeſtändniſſe ihrer Schwangerſchaft, eine Gemüths- und Geiſtesbefangenheit beurkundet, welcher unmöglich eine ſo feine, wenn gleich ſophiſtiſche, Combination zugetraut werden kann, wie jene Hypotheſe vorausſetzt. — Außerdem hat Magdalena von dem Ortsprediger, ihrer Dienſtherrſchaft, von ihren Dienſtgenoſſen, ja ſogar von ihrem Verführer, das einſtimmige Zeugniß eines bisher exemplariſch ſittſamen und frommen Lebenswandels. Ein ſolches Gemüth kann nicht, man möchte ſagen, durch einen Zauberſchlag, in ein raffinirt böſes, umgeſtaltet werden.

Ein Menſch, der ſeine Lebenszeit hindurch alle ſeine Handlungen den Anforderungen der Moral und Religion conformirt hatte, dem dieſe Handlungsweiſe, als reine Ausflüſſe ſeines wirklich ſittlichen und tugendhaften Werths angerechnet werden müſſen, der kann zwar, durch den Zuſammenſtoß der ſtechendſten Reizungen der Leidenſchaft und des Affects, in dieſem zu Handlungen gebracht werden, welche allen Anforderungen der Tugend und dem ganzen frühern Lebenswandel dieſes Menſchen widerſprechen; dieſe ſind aber niemals als Erzeugniſſe

des normalen Seelenzuſtandes, ſondern nur als die Ausbrüche einer augenblicklichen Abnormität deſſelben zu betrachten. — Ein jedes menſchliche Gemüth, auch das gediegendſte, man möchte keine Ausnahme geſtatten, kann den Ausbrüchen der Leidenſchaft und des Affects unterliegen, es folgt aus der überhaupt gebrechlichen Natur des Menſchen, und nur die Steigerungen der Reizmittel, welche erforderlich waren, jenen abnormen Zuſtand des Gemüths hervorzubringen, den Affect zu excitiren, geben den Maaßſtab zur Würdigung deſſelben.

Wäre es alſo nicht völlig unrichtig, wenn man nur nach der äußern Form einer Handlung den Werth oder Unwerth eines Menſchen beſtimmen wollte, ohne Unterſuchung ſeines bisherigen ſittlichen Werths, und der Beweggründe zu der vorliegenden Abſchweifung; — wäre es nicht ein falſches Urtheil, wollte man einen Menſchen, der ſein Lebelang nach allen Symptomen, welche menſchliche Urtheile motiviren können, ein guter Menſch war und geheißen wurde, plötzlich, weil er im Affect eine Handlung, ein Verbrechen verübt, einen Böſewicht nennen, und dabei beharren, auch wenn er ſelbſt das Unrecht ſeiner Handlung reuig eingeſteht, ſich deren ohne Nothwendigkeit ſelbſt anklagt, in dieſem Bekenntniſſe aber den Sieg des Guten über das Böſe ſelbſt ausſpricht, und gleichſam aus der augenblicklichen Verirrung zum bisherigen Stande ſeines Werths zurückzutreten ſtrebt, — wenigſtens den Satz ins Leben ſtellt, daß ein Verbrecher wohl ſtrafbar ſein kann, deshalb aber nicht nothwendig auch ein Böſewicht iſt.

Weit entfernt zu behaupten, daß ein ſolcher abnormer Zuſtand eines bis dahin tugendhaften Menſchen, und die in dieſem verübten geſetzwidrigen Handlungen ohne ſtrafrechtliche Folgen bleiben müßten, ſteht nur die Anſicht feſt, daß dieſe Folgen zu limitiren, ſowohl der bisherige ſittliche Werth des handelnden Subjects, als auch die Summe der Reizmittel, welche erforderlich waren, ihn zu ſuspendiren, conſiderirt werden und das Conclusum motiviren müſſe.

Von dieſer Abſchweifung zu dem Reſultate zurückgekehrt, daß weder der bisherige moraliſche Werth der Magdalena, noch auch der Standpunkt ihrer geiſtigen Fähigkeiten, noch insbeſondere die augenblickliche Situation derſelben, die Annahme rechtfertigen könne, welche in jener Vorausſetzung, von der Vorbereitung zu einem Geſtändniſſe, enthalten, liegt endlich

3) einmal das Geſtändniß der Magdalena, und zwar als einziges Beweismittel ihrer Schuld, vor, und da daſſelbe nicht weiter ausgedehnt werden darf, als ſie es unabweichlich niedergelegt, ſo darf auch nur der Inhalt deſſelben, nämlich der eingeſtändige Act des Erwürgens ihres Kindes, Gegenſtand zur Beurtheilung in ſtraflicher Hinſicht werden. — Hierbei kommt freilich die ſo häufig beſprochene Frage: „was ein Verbrechen ſei," wieder zur Sprache, und wird die Beantwortung derſelben auch die Beſtimmung deſſen in ſich faſſen, was Magdalena an ihrem Kinde verübt gehabt. Es liegt zwar außer der Beſtimmuug dieſer Abhandlung, beſondere Unterſuchungen über Rechtstheorieen anzuſtellen,

indeſſen, ſoweit ſie ſich auf die Erörterung der vorliegenden Rechtsfrage erſtrecken, entſprechen ſie allerdings dem vorgeſetzten Zweck, und dürften die engeren Grenzen derſelben ſich nur in der Prüfung der von Rechtslehrern ausgeſprochenen Principien hierüber und Anwendung des aus dieſer gewonnenen Reſultats, in concreto, finden laſſen.

Feuerbach [7]) nennt das Verbrechen: Eine unter einem Strafgeſetze enthaltene Beleidigung, Rechtsverletzung, Läſion, oder eine, durch ein Strafgeſetz bedrohte, dem Rechte Anderer widerſtrebende Handlung. Dagegen iſt Martin [8]) der Anſicht: das Verbrechen ſei eine ſolche Verletzung einer Zwangspflicht, welche ein Recht zu ihrer Beſtrafung begründe.

Dieſe Verſchiedenheit der Anſichten oder Ausſprüche iſt nur ſcheinbar, beide Rechtsgelehrte ſprechen denſelben Begriff mit verſchiedenen Worten aus.

Rechte und Pflichten, Inſtitute des ſocialen Lebens, ſind nur in ihrer Coexiſtenz denkbar. — Die Exiſtenz des Einen, iſt die Bedingung zur Exiſtenz des Anderen; ſollen dem Einen Rechte erwachſen, ſo muß dem Andern die Zwangspflicht aufliegen, von ſeiner natürlichen Freiheit ſo viel abzuſtehen und vice versa. — So wenigſtens dürfte man ſich die erſte Entſtehung der Verträge erklären. Das Bedürfniß nach Sicherheit des Beſitzes,

7) Lehrbuch des peinlichen Rechts § 21 und 23.
8) Lehrbuch des Criminalrechts § 67.

führte unter den Menſchen, auch im Naturzuſtande, Feſtſetzungen zu gegenſeitiger Anerkennung und Achtung des Beſitzes herbei, und dieſer ſo geſicherte Beſitz war das reciproke Recht auf die Pflicht des Anderen, von ſeiner natürlichen Freiheit — den Beſitz gefährden zu können — abzuſtehen. Eine ſolche Uebereinkunft führt aber ein Princip ein, das man nur mit dem Namen: Geſetz, benennen kann, welches auf ſolche Weiſe der Urquell alles Rechts iſt, ſofern man Eigenthum in der weiteſten Ausdehnung und Sicherheit des Beſitzes für ſynonyme Begriffe mit Recht nehmen muß. Der Engliſche Rechtsphiloſoph Jeremias Bentham [9]) ſpricht dieſes Princip bildlich aus:

„Le sauvage, qui a caché une proie, peut „espérer de la garder pour lui seul, tant quel „sa grotte n'est pas découverte, tout qu'il veil„le pour la defendre ou qu'il est plus fort „que ses rivaux; mais voila tout. Combien „cette manière de posséder est misérable et pré „caire! Supposez la moindre convention entre „les sauvages pour respecter reciproquement „leur butin, voila l'introduction d'un principe, „auquel vous ne pouvez donner que le nom „de loi.“

Betrachtet man nun aber das Geſetz, als Quell alles Rechts, in der oben bezeichneten Bedeutung, ſo folgt hieraus auch, da Recht Sicherheit des Beſitzes iſt, —

9) Traités de legislation civile et pénale P. I. pag. 64.

daß das Geſetz auch der Quell alles Schutzes für das Recht ſein muß. Da aber die Reciprocität in Anerkennung des Beſitzes und deſſen Unverletzlichkeit inſofern allein nicht genügen konnte, als die Aufrechthaltung in der Willkür lag, mußte das mit dem Fortſchreiten des ſocialen Lebens eintretende Bedürfniß nach Garantieen der Luſtempfindung zur Uebertretung des Vertrags ein gleichgewichtiges Uebel entgegen ſtellen, das man Strafe nannte.

Iſt alſo, nach der angeführten Theorie, welche Feuerbach und Martin, unter vielen anderen gelehrten Männern des Rechts, aus obigen Principien abgeleitet haben, die Erhaltung der Rechte überhaupt Zweck der Geſetze, insbeſondere der Strafgeſetze, und ſind alle gegen die Integrität dieſer Rechte gerichtete Handlungen Gegenſtand ihrer ſchützenden Drohungen, — ſo iſt folgerecht, daß nur die Exiſtenz des Rechts, d. h. des zu ſichernden Beſitzes, einer auf dieſen bezüglichen Handlung, den Character geben, und alſo das gegen letztere beſtehende Strafgeſetz tangiren und verletzen kann oder nicht, — oder: nur eine gegen den geſicherten Beſitz gerichtete Handlung kann ein Strafgeſetz in Wirkſamkeit bringen. Wenn daher ſichergeſtellt wäre, daß in concreto kein Beſitz, alſo kein Recht auf Unterlaſſung einer denſelben gefährdenden Handlung exiſtirte, ſo dürfte auch die gegen ſolche nur beſtehende Drohung des Strafgeſetzes nicht in Anwendung kommen.

Dies iſt der Fall der doloſen Handlung der Magdalena. — Sie hat zwar Alles gethan, was ſubjectiv

ihrer Handlung den Character des Mordes geben kann, indeſſen, da der Zweck derſelben, Vernichtung des Rechts auf Leben in ihrem Kinde, nicht erreicht werden können, weil eben ihr Kind zur Zeit dieſer Handlung nicht mehr im Beſitze des Lebens, ſondern ſchon todt war, ſo iſt es klar, daß gegen die doloſe Handlung der Magdalena, die gegen die Tödtung gerichteten Drohungen des Strafgeſetzes nicht in Anwendung kommen durften, und dieſelbe nur inſofern ſtrafrechtlicher Beurtheilung unterliegen konnte, als auch das unternommene Verbrechen, d. h. der ſchon in That übergegangeue böſe Wille, auch wenn er nicht den Zweck erreicht, bedroht iſt, denn er hat ſich dem Staatszweck: „Sicherung," factiſch entgegengeſtellt.

Aus allen dieſen Erörterungen reſultirt nun, daß zwar kein Mord vorhanden, dennoch aber ſchon factiſch ausgebrochener böſer Wille zum Morde vorlag, und daß, bei Beſtimmung der Imputabilität und Größe der Strafbarkeit zu Anwendung der Strafgeſetze, es hier auch der Erörterung bedurfte, ob etwa Mitigantien bei dieſer Anwendung der Strafgeſetze vorhanden, und zu berückſichtigen ſeien oder nicht, über welche beſondere Beſtimmungen getroffen werden müßten.

Sowohl nach gemeinem Rechte, als auch nach dem einheimiſchen Rechte, war das Verſchulden der Magdalena als ein Conatus eines Mordes, und zwar als ein conatus proximus, inſofern zu betrachten, als die Erreichung des vorgeſetzten verbrecheriſchen Zwecks nicht durch eigenes Abſtehen von der Handlung unterblieb,

ſondern weil das zu mordende Kind durch andere Urſachen bereits todt war.

Art. 178 der P. G. O. ſpricht:

„Item ſo ſich Jemandt eyner Miſſethatt mit et„lichen ſcheinlichen Wercke die zu Volnbringung der „Miſſethatt dienſtlich ſeyn mögen underſteht und an „Volnbringung derſelben Miſſethatt durch andere „Mittel wider ſeinen Willen verhindert würde, ſol„cher böſer Will darauß etlich Werck, als obſteht „volgen, iſt peinlich zu ſtraffen, aber inn eynem Fall „herter dann in andern, angeſehen Gelegenheit „vnd geſtalt der ſach ꝛc.

Der 154. Kriegsartikel aus dem einheimiſchen Rechte verordnet:

„Wer einen andern mit Willen und Vorſatz, „ohne Noth und rechter Lebensgefahr tödtet oder „ſchläget ihn alſo, daß er davon ſtirbt, deſſen „Blut ſoll wieder vergoſſen und er ohne Gnade „enthauptet werden.“

Die Erläuterung zu dieſem Artikel ſagt aber ferner:

NB. „Es muß aber recht gewiß ſein, daß der Todt „ohnfehlbar von den Schlägen erfolgt ſei, denn „würde man finden, daß der Verſtorbene zwar „geſchlagen worden, aber nicht eigentlich von den „Schlägen, ſondern anderen Zufällen geſtorben „wäre, ſo müßte man den Thäter nicht am Le„ben, ſondern nur willkührlich nach des Richters „Ermeſſen ſtrafen ꝛc.“

Beide Geſetze ſprechen alſo von dem Fall, wo die

auf Tödtung gerichtete Handlung eines Verbrechers nicht den vorgeſetzten Zweck erreicht, und überlaſſen die Strafbeſtimmung und Abmeſſung der Größe der Strafe dem richterlichen Ermeſſen.

Dieſes richterliche Ermeſſen mußte nun die Verſchuldung der Magdalena nicht ohne ihr Motiv und die Form ihrer Ausführung betrachten und hierbei ſtellte ſich denn der Seelenzuſtand derſelben, im Augenblick des Handelns, zuerſt zur Beurtheilung, da von dieſem nur die Feſtſetzung abhängig, wie weit Magdalena ſtraffällig war.

Aus dem Bisherigen iſt erſichtlich, daß ſie vorgegeben in dem höchſten Grad des Affects, den Mordverſuch an ihrem Kinde verübt zu haben. Da nun das Geſtändniß, wie es abgelegt worden, beurtheilt werden muß, ſobald dem nicht actenmäßige Gründe entgegenſtehen, ſo muß die wirkliche Exiſtenz des Affects in dem entſcheidenden Augenblicke um ſo mehr angenommen werden, als ſich aus der Handlung ſelbſt die augenblickliche Vernunftloſigkeit der Handelnden ergiebt.

Man kann nämlich nicht aus dem Geſichte verlieren, daß Magdalena ihrer Schwangerſchaft kein Hehl gehabt, ſondern alle die Vorbereitungen zum Empfange ihres Kindes und zur Wartung deſſelben öffentlich gemacht, daß ſie ferner in einem Zimmer, welches nur durch ein anderes von einer großen Verſammlung von Menſchen getrennt war, und daher jeden Augenblick beſucht werden konnte, einen Mord unternahm, deſſen Entdeckung alſo unzweifelhaft erfolgen mußte, und daß ſich daher ſchon

aus der Handlung ſelbſt die vollkommenſte Bewahrheitung der Angabe hervorthat, daß ein Mord in dieſer Art, unter den vorliegenden Verhältniſſen und an einem ſolchen Ort, nur in einer, durch das Toben der Leidenſchaft getrübten Beurtheilung unternommen ſein konnte. Muß man ſich hierbei, und bei der Gewißheit, daß Magdalena, was ſie that, im Ausbruche der heftigſten Leidenſchaft that, eingeſtehen, daß die Veranlaſſungen, durch welche ſie in dieſen Seelenzuſtand verſetzt war, nicht ungerecht waren, wenigſtens ihr nur zum geringen Theil aufkaſteten; ſo mußten die Worte, welche Feder [10] über den Affect und die Strafbarkeit der in dieſem verübten Handlungen ausſpricht, und zwar:

„Wenn alſo ein Menſch auf eine ſchuldloſe,
„oder doch eine der menſchlichen Schwachheit
„verzeihliche Weiſe in einen ſo gewaltſamen Zu-
„ſtand der Leidenſchaft gerathen wäre: ſo würde
„es ungerecht ſein, ſein fehlerhaftes Verhalten
„eben ſo zu ahnden, als wenn er bei ruhiger
„Ueberlegung ſich dazu beſtimmt hätte,“

gewiß auch auf Magdalena Anwendbarkeit finden. Es iſt übrigens actenmäßig, daß Andrees K. ſie unter Verſprechung der Ehe ihrer Geſchlechtsehre beraubte, er iſt geſtändig, daß er, ohne von ihr gegebenen Grund, ſein Eheverſprechen, ihrer Bitten ohngeachtet, zurücknahm, und nicht nur ein anderes Mädchen freite, ſondern, zur

10) Unterſuchungen über den menſchlichen Willen. Th. III. S. 516.

noch größeren Schmach ſeiner frühern Geliebten, dieſe verhöhnte und verſpottete. Mußte ſelbſt der Richter, über die Rohheit eines ſolchen Verführers entrüſtet ſein, der die eigene Unwürdigkeit im Verſpotten eines unſchuldigen berückten Nebenmenſchen verbergen will, wie ſehr mußte das Gemüth der Verſtoßenen dennoch verletzt ſein, wenn ſie auch nach Zeugenausſagen, alles das in Ergebung, als eine Züchtigung der Vorſehung für ihre begangene Sünde, hinnahm. Ohne Kampf iſt ſolche Ruhe nicht erlangt, und es bedurfte nur eines noch härteren Angriffs auf ihre Seelenkraft, um dieſe zu beſiegen, und dem Ausbruche der um ſo heftiger wirkenden Leidenſchaft Thor und Thüren zu öffnen, da dieſe nur gebändigt aber nicht beruhigt war. Magdalena würde wahrſcheinlich alle dieſe Schmach ertragen haben, hätte nicht ihr Verführer ein anderes Mädchen gefreit, denn nun kam zu dem Bewußtſein der verlorenen Geſchlechtsehre auch die Eiferſucht, die am ſtärkſten wirkende Leidenſchaft.

In dem Augenblicke des von ihr unternommenen Verbrechens, läßt ſich dieſe Leidenſchaft allerdings in ihrem heftigſten Toben denken. — Unerträgliches körperliches Leiden bei der Geburt — Wahn, ſie werde bei dieſem entſetzlichen Leiden abſichtlich verlaſſen und ihr Hülferuf überhört — dabei der von drübenher tönende Jubel des Glücks der Neuvermählten, der ein eben ſo lauter Hohn für ſie war — und endlich das Erwachen aus der Vergeſſenheit einer Ohnmacht zu der entſetzlichſten Wirklichkeit, — alles Eindrücke und Stürme, die gerade auf ein Gemüth, wie das der Mag-

dalena, um ſo eingreifender wirken mußten, als die Ungerechtigkeit, welche hierin lag, auch den Zorn reizen konnte.

Unter ſolchen Vorausſetzungen aber erſcheint die Annahme richtig, daß in dem Seelenzuſtaude, in welchem Magdalena das Verbrechen unternommen, weder das Bewußtſein der Strafbarkeit der Handlung und deren richtige Subſumtion unter das Strafgeſetz, noch die Möglichkeit des Einfluſſes der Vorſtellung von der Strafbarkeit auf die Unterlaſſung der That mit ſolcher Strenge gefordert werden dürfe, als geſchehen müßte, wären jene Anreizungen zu Zorn und Wuth nicht vorhanden geweſen. Aus ſolchen Gründen rechtfertigte ſich das Concluſum vollkommen, daß, weil Inquiſitin die vorgeſetzte Rechtsverletzung durch ihre Handlung nicht erwirkt, dieſe nur als ein Conatus zu betrachten, für welchen, wegen vorhandener Mitigantien, nur auf gelinde arbitraire Strafe zu erkennen. Wollte der Einwand gemacht werden, daß, da es richtig, wie ein Leichnam nicht mehr im Beſitz desjenigen Rechts iſt, welches durch die Drohung des Strafgeſetzes in Schutz genommen, die alſo nicht in Wirkſamkeit treten konnte, weil jene Läſion nicht erfolgen können, mithin, in vorliegendem Falle auch kein Verſuch zur Läſion eines ſolchen nicht exiſtirenden Rechts denkbar ſein und zur Strafe gezogen werden kann; ſo muß dagegen doch beſtehen bleiben: daß in dem Conat nicht bloß die Gefahr für die Rechte eines Dritten, ſondern hauptſächlich der böſe Wille, der in Handlung übergegangen, geſtraft wird, da er niemals das gegen das vorausgeſetzte Verbrechen beſtehende Strafgeſetz

und deſſen Drohungen in Wirkſamkeit bringt, ſofern die gedrohte Strafe allererſt dem Verbrechen, d. h. der beabſichtigten und erfolgten Läſion oder Zerſtörung des geſchützten Beſitzes, als nothwendige Folge anhängt. Der böſe Wille war in Magdalenens Handlung immer vorhanden, da ſie nicht wußte, daß ihr Kind todt ſei, und ſomit dürfte es gleichgültig ſein, ob ſie von der Realiſirung dieſes böſen Willens zur Begehung eines Verbrechens durch äußerlich hinzugetretene Verhinderungen oder durch das ſchon frühere Entſchwinden des Rechts, das ſie zerſtören wollen, hiervon abgehalten wurde. — Böſem Willen ſteht gleichfalls die Drohung des Strafgeſetzes entgegen, wie dies: Art. 178 der P. H. G. O. und die Erläuterung des 154. Krigsartikels feſtgeſetzt.

Aus allem dem aber abſtrahiren ſich folgende Sätze:

1) daß, wie ſehr auch ein Subject, wie Magdalena, durch ihre Handlung moraliſch als Verbrecherin, als Mörderin, betrachtet werden mag, ſie es, nach poſitivem Geſetz, nicht iſt, weil das Verbrechen, die Zerſtörung eines Beſitzes ausdrückt, der durch Androhung einer Strafe geſchützt war und dieſe als Folge nach ſich zieht, daß alſo

2) wenn dieſer durch Strafdrohung geſchützte Beſitz nicht zerſtört und aufgehoben worden, auf die dahin gerichtete Handlung nicht die jener Vorausſetzung folgende Strafe eintreten dürfe, daß aber

3) dieſe Handlung, als böſer Wille, Conat, eignes durch Strafe bedroht iſt, welche ſie in Wirkſamkeit bringt.

XIV.

In welchem Umfange trägt der ſäumige Schuldner den zufälligen Untergang der ſchuldigen Species?

Von C. O. v. Madai.

Einer der practiſch wichtigſten Nachtheile des Verzuges iſt für den Schuldner, daß fortan die Gefahr des zufälligen Unterganges des Obligationsgegenſtandes auf ihn übergeht; allein in welchem Umfange? darüber ſind die Anſichten der Rechtslehrer von jeher ſehr getheilt geweſen, und ſo auch zum Theil noch jetzt. — A hat in Folge eines abgeſchloſſenen Kaufvertrages dem B am 1. Mai ein Haus zu tradiren: er verzögert die Uebergabe ohne Grund, und nun brennt am 1. Juni das Haus, vom Blitz entzündet, ab. Nach der Anſicht der Einen muß hier A den Schaden unbedingt tragen, d. h. dem B den Werth des Hauſes erſetzen, wozu er, abgeſehen von dem Verzuge, nicht verpflichtet geweſen wäre, da nach abgeſchloſſenem Kaufcontracte das periculum rei ſofort auf den Käufer übergeht. Nach der Anſicht Anderer dagegen (und dies iſt in der neueren Zeit die vorherrſchende Meinung geworden) bleibt A von der Verbindlichkeit zum Schadenserſatz befreit, ſo fern, wie ja hier der Fall, das Haus auch in den Händen des Käufers von demſelben vernichtenden Zufall ereilt worden

wäre, und auch B nicht den Beweis zu führen vermöchte, daß er, bei rechtzeitig erfolgter Uebergabe, das Haus weiter verkauft und ſo ſich das Kaufgeld gerettet haben würde. Ja, auch darüber iſt Streit unter den Rechtslehrern, ob die in Rede ſtehende nachtheilige Wirkung des Verzuges bei allen Arten der Mora auf gleiche Weiſe eintrete, oder nicht. — Ich habe in meiner Schrift über die Mora [1]) mich für die unbedingte, und zwar überall gleichmäßige Verpflichtung des ſäumigen Schuldners, das periculum rei zu fragen, ausgeſprochen. Namhafte Rechtslehrer ſind mir darin beigetreten [2]). Andere dagegen haben noch neuerdings ſich für die entgegengeſetzte Anſicht erklärt. Dies, ſo wie der Umſtand, daß meine Schrift über die Mora ſich in den Händen der Minderzahl unſerer Leſer in den Oſtſeeprovinzen befinden dürfte, werden es rechtfertigen, wenn ich in dieſen Erörterungen auf den fraglichen Gegenſtand hiemit zurückzukommen mir erlaube. Ich werde demnach auszuführen ſuchen: 1) daß die Verpflichtung des ſäumigen Schuldners, die Gefahr des zufälligen Unterganges zu tragen, eine unbedingte, 2) daß die von manchen Rechtslehrern in Betreff einiger Arten der Mora behaupteten Modificationen unbegründet ſeien.

I.

In Obligationsverhältniſſen muß im Allgemeinen jede

---

1) v. Madai, die Lehre von der Mora, Halle 1837.

2) So Schilling in ſeiner Recenſion meiner Schrift über die Mora, in Richter's kritiſchen Jahrbüchern für Deutſche Rechtswiſſenſchaft. Jahrg. 1838. Heft 3. S. 253 ff.

Partei den durch ihre Handlungsweiſe der Gegenpartei verurſachten Schaden erſetzen. Indeß kommt es dabei hauptſächlich auf die nach der Natur des einzelnen Vertrages zu vertretenden Grade der culpa an. Iſt z. B. bei Obligationen, deren Gegenſtand eine Sachleiſtung, die Sache in Folge einer von dem Leiſtungsverpflichteten nicht zu vertretenden Nachläſſigkeit zu Grunde gegangen, ſo muß dies eben ſo betrachtet werden, als ob Zufall die Sache vernichtet, und dadurch die Erfüllung der Verbindlichkeit unmöglich gemacht hätte. Der Schuldner wird mithin von aller weiteren Verpflichtung aus der Obligation frei. Verborum obligatio, lehrt Pomponius [3]), aut naturaliter resolvitur, aut civiliter. Naturaliter veluti solutione, aut cum res in stipulationem deducta, sine culpa promissoris, in rebus humanis esse desiit; ein Grundſatz der von den Römiſchen Juriſten durch eine wiederholte Anwendung auf das Beſtimmteſte beſtätigt wird [4]). Indem nun aber Pomponius den zufälligen, d. h. ohne imputable Schuld des Debitors herbeigeführ-

3) L. 107 D. de solutionibus (46, 3.)

4) L. 33 D. de verbor. oblig. (45, 1) — Pomponius — Si Stichus certo die dari promissus ante diem moriatur: non tenetur promissor. — L. 37 D. eod. — Paulus — Si certos nummos, puta qui in arca sint, stipulatus sim, et hi sine culpa promissoris perierint: nihil nobis debetur. — L. 92 pr. D. de solutionibus (46, 3) — Pomponius — Si mihi alienum servum dari promiseris, aut testamento dare iussus fueris, isque servus antequam per te staret, quominus dares, a domino manumissus sit: haec manumissio morti similis sit: si autem decessisset non tenearis.

Untergang des Obligationsobjectes der solutio gleichſtellt, deutet er damit an, daß dadurch keineswegs das ganze Obligationsverhältniß, ſondern nur die einſeitige Verbindlichkeit des Leiſtungsverpflichteten aufgehoben ſei, eben ſo als ob wirkliche solutio erfolgt wäre. Dies iſt von äußerſter Wichtigkeit, nämlich für die Beantwortung der Frage, inwiefern der Schuldner, trotz des zufälligen Unterganges der von ihm zu leiſtenden Sache, einen Anſpruch auf die vertragsmäßig bedungene Gegenleiſtung habe, und erklärt beiläufig den ſo häufig als eine Unbilligkeit verſchrieenen Satz des Römiſchen Rechts, daß der Käufer, ohnerachtet er weder die gekaufte Sache noch ein Aequivalent derſelben erhält, denoch zur Entrichtung des vollen Kaufpreiſes verpflichtet iſt [5]).

Ganz anders nun verhält es ſich, wenn der Debitor ſich eine ihm imputable culpa zu Schulden kommen ließ. Nicht nur muß er dann den durch ſeine culpa unmittelbar veranlaßten Schaden erſetzen; ſondern es verliert fortan ſelbſt der zufällige Untergang der Sache für ihn ſeine liberatoriſche Wirkung: d. h. der Schuldner bleibt, trotz der zufälligen Vernichtung der Sache, ganz eben ſo verpflichtet, als ob dieſelbe noch fort exiſtirte, m. a. W. er muß nunmehr den Werth der untergegangenen Sache erſetzen. Mit dürren Worten ſagt dies Ulpian in der **L. 82 § 1 D. de verbor. oblig. (45, 1) — Si post moram promissoris homo decesserit, tenetur nihilo-**

---

5) Die weitere Ausführung behalte ich einem beſonderen Aufſatze über die praestatio periculi bei Obligationen vor.

minus, proinde ac si homo viveret. Die Römiſchen Juriſten drücken dies auch ſo aus, die Obligation des Schuldners, die ſonſt durch zufälligen Untergang des Objects beendigt ſein würde, iſt durch deſſen culpa zu einer obligatio perpetua geworden, und Paulus führt dieſe Wirkung der culpa ausdrücklich auf einen alten Rechtsſatz zurück. Veteres, ſagt er [6]), constituerunt, quotiens culpa intervenit debitoris, perpetuari obligationem. Soſern nun fortan der zufällige Untergang des Obligationsobjectes den Debitor nicht mehr befreit, derſelbe vielmehr nach wie vor zur Leiſtung verpflichtet bleibt, iſt er es vorzugsweiſe, den der Nachtheil der zufälligen Vernichtung der Sache trifft, m. a. W. er trägt das periculum rei. Dabei macht nun Paulus bei Erwähnung jenes alten Rechtsſatzes durchaus keinen Unterſchied, ob die nach eingetretener culpa des Schuldners zufällig vernichtete Sache in den Händen des Gläubigers von demſelben Zufall ereilt worden wäre, oder nicht. Die perpetuatio obligationis iſt ihm die allgemeine und unbedingte Folge der vorangegangenen culpa. Nun aber ſchließt jede Mora, ihrem Begriffe nach, eine culpa in ſich [7]): ſie iſt die culpa in non solvendo; und ſo folgt mit Nothwendigkeit, daß eben ſo unbedingt wie jede imputable culpa, ſo auch die Mora den Nachtheil des zufälligen Unterganges der zu leiſtenden Sache auf den Schuldner übertrage. Die Richtigkeit dieſer Schlußfolge,

---

6) L. 91 D. de verbor. oblig. (45, 1).

7) Vgl. hierüber meine Lehre von der Mora § 2. S. 6—18.

für welche es kaum einer weiteren Beſtätigung bedarf, erkennt auch ausdrücklich unſer Paulus an. Nach Anführung jenes alten Rechtsſatzes: veteres constituerunt, quotiens culpa intervenit debitoris, perpetuari obligationem, wirft er ſich ſelbſt a. a. O. die Frage auf, ob derſelbe auch dann eintrete „si moratus sit tantum, sc. debitor?“ und indem er ſie verneint, für den Fall, daß der ſäumige Schuldner „postea offerendo emendaverit eam moram,“ bejaht er dadurch dieſelbe indirect, für den Fall, daß eine purgatio morae nicht vorhanden, mit hin die einmal begründete Mora ſammt ihren Folgen fortwirkt.

Allein auch abgeſehen von der bisher verſuchten allgemeinen Begründung unſerer Anſicht, wird dieſelbe auf das entſchiedenſte beſtätigt durch eine zahlreiche Reihe von Ausſprüchen unſerer Rechtsquellen, in deren keinem irgend eine Beſchränkung jener allgemeinen Verbindlichkeit des ſäumigen Schuldners auch nur im entfernteſte nangedeutet wird. Bei der practiſchen Wichtigkeit dieſer Behauptung erſcheint es unerläßlich, die hauptſächlichſten Quellenzeugniſſe ſelbſt hier anzuführen:

1) L. 5 *pr. D. de rebus creditis.* (12, 1) — Pomponius — Quod te mihi dare oporteat, si id postea perierit, quam per te factum erit, quo minus id mihi dares, *tuum fore id detrimentum*, constat.

2) L. 30 § 1. *D. de iure iurando* (12, 2) — Paulus — Si iuravero, te Stichum mihi dare oportere, qui non sit in rerum natura, nec

aestimationem mihi praestare reus debet; nisi ex causa furtiva, vel *propter moras: tunc enim etiam post mortem servi aestimatio praestatur.*

3) *L.* 25 § 2. *D. soluto matrimonio* (24, 3) — Paulus — Si post divortium res dotales deteriores factae sint, et vir in reddenda dote moram fecerit: *omnimodo detrimentum ipse praestabit.*

4) *L.* 39 § 1. *D. de legatis* I. (30) — Ulpianus — Ipsius quoque *rei interitum post moram debet:* sicut in stipulatione, si post moram res interierit, aestimatio eius praestatur.

5) *L.* 108 § 11. *D. eod.* — Africanus — Si servus legatus sit, et *moram heres fecerit, periculo eius et vivit et deterior fit:* ut, si debilem forte tradat, nihilominus teneatur.

6) *L.* 23 *D. de V. Obligat.* (45, 1) — Pomponius — Si ex legati causa aut ex stipulatu hominem certum mihi debeas: non aliter *post mortem eius tenearis mihi,* quam si per te stetit, quo minus vivo eo mihi dares: quod ita fit, si aut interpellatus non dedisti, aut occidisti eum.

7) *L.* 49 *pr. D. eod.* — Paulus — Cum filius familias Stichum dari spoponderit, et cum per eum staret, quominus daret, decessit Stichus: datur in patrem de peculio actio, quatenus *maneret filius ex stipulatu obligatus.*

At si pater in mora fuit; non tenebitur filius, sed utilis actio in patrem danda est.

8) *L.* 82 § 1 *D. eod.* (45, 1) — Ulpianus — *si post moram* promissoris homo decesserit, *tenetur nihilominus*, proinde ac si homo viveret.

9) *L.* 58 § 1 *D. de fideiussoribus* (46, 1) — Paulus — cum facto suo reus principalis obligationem perpetuat, etiam fideiussoris *durat obligatio*: veluti si moram fecit in Sticho solvendo, *et is decessit*.

10) *L.* 31 *pr. D. de novationibus* (46, 2) — Venulejus — ideoque si hominem mihi dare te oporteat, et in mora fueris, quominus dares, *etiam defuncto eo teneris*.

11) *L.* 3 *C. de usuris* (6, 47) — Alexander — si homines certi per fideicommissum tibi relicti fuerint, *post moram periculo debitoris* fideicommissi sunt.

II.

So unzweideutig auch alle dieſe Stellen die unbedingte Verbindlichkeit des ſäumigen Schuldners, für den zufälligen Untergang der Sache, die Gegenſtand der Obligation iſt, einzuſtehen, ausſprechen, werden doch von vielen und ſehr namhaften Rechtslehrern mancherlei Modificationen jener ſtrengen Verpflichtung angenommen. Der Schuldner ſoll von der praestatio periculi befreit werden, wenn er beweiſt, daß derſelbe Zufall die Sache auch beim Gläubiger betroffen haben würde: und auch

hier nach Andern nur dann, wenn der Gläubiger die empfangene Sache inzwiſchen hätte verkaufen können. Es gehört dieſe Lehre keineswegs erſt der neueren Zeit an. Schon unter den Gloſſatoren ward ſie von Martinus[8]) gegen Johannes vertheidigt und fand auch in ſpäterer Zeit, ſo an Donellus[9]), Cujaz[10]), Contius[11]), de la Reberteria[12]), Arumäus[13]) Kien[14]) und anderen eifrige Anhänger. Unter unſeren neueren Rechtslehrern bekennen ſich zu derſelben Lehre Thibaut[15]), Mühlenbruch[16]), v. Wennig-Ingenheim[17]), Göſchen[18]), Mackeldey[19]), Schweppe[20]), Glück[21]) u. a. Der Grundirrthum

8) cf. Glossa ad L. 14 § 1 D. depositi. s. v. interitum und Glossa ad L. 12 § 3 D. eod. cf. et. Haenel dissensiones Dominorum § 23. p. 138.

9) Donellus de mora in opp. prior. Francofurti 1589. cap. VII. et Commentarii iuris civilis. Lib. XVI. c. 2.

10) Cuiacii opera priora (edit. Fabrot) T. I. p. 1208 et 1387.

11) Contius tractatus de diversis morae generibus cap. VIII.

12) De la Reberteria opus de mora cap. VI.

13) Arumaeus de mora cap. VIII. n. 1.

14) Kien disputatio iuridica de mora cap. VI. § 2.

15) Thibaut Syſtem des Pandectenrechts. 8te Aufl. § 99.

16) Mühlenbruch Lehrbuch des Pandectenrechts. 2. Aufl. Th. II § 357. Nr. 1.

17) v. Wening-Ingenheim Lehrbuch des gemeinen Civilrechts. 5. Aufl. Th. II. § 242.

18) Göſchen Vorleſungen über das gemeine Civilrecht. Bd. II. § 418.

19) Mackeldey Lehrbuch des heutigen Röm. Rechts 10te Aufl. § 346.

20) Schweppe das Röm. Privatrecht. 4te Aufl. § 388.

21) Glück Commentar. Th. IV. § 330. S. 441.

dieſer ganzen Lehre liegt in einer eigenthümlichen Verwechſelung der Verhältniſſe der Mora und der malae fidei possessio. Man ging davon aus, daß jeder malae fidei possessor als ſolcher ſich in einer mora ex re befinde. Sofern nun unſre Quellen den malae fidei possessor nicht unbedingt, ſondern nur unter gewiſſen Modificationen für den zufälligen Untergang der Sache verantwortlich machen, ſah man ſich, ſchon aus Conſequenz, genöthigt, dieſelben Modificationen für jeden ſäumigen Schuldner gelten zu laſſen. Denn das iſt der eigenthümliche Fluch des Irrthums, daß er ſtets neue Irrthümer, mit faſt unausweichlicher Nothwendigkeit, aus ſich erzeugt. Willkürlich wurden ſo die zahlreichen Ausſprüche der Quellen, die den ſäumigen Schuldner unbedingt zur praestatio periculi verpflichten, ignorirt, einigen wenigen Stellen gegenüber, die von ganz andern Verhältniſſen, als denen eigentlicher Mora, handeln. Verweilen wir zuförderſt einige Augenblicke bei dem Fundament der von der unſrigen abweichenden Lehre, bei der Behauptung, daß jede malae fidei possessio eine mora ex re involvire. Eine nähere Prüfung derſelben ſcheint hier um ſo nothwendiger, als ein ſo ausgezeichneter und ſcharfſinniger Rechtslehrer wie Mühlenbruch [22]) noch neuerdings für dieſe Anſicht ſich erklärt hat. Meine Gegengründe, die ich ſchon früher in meiner Schrift über die Mora entwickelt habe, ſind der Hauptſache nach dieſe.

22) Mühlenbruch, Lehrbuch des Pandectenrechts. 2. Aufl. Th. II. § 271 und 355.

1) Der Beſitz einer fremden Sache führt allerdings zu der Verbindlichkeit, dieſelbe dem Eigenthümer, ſobald er ſie fordert, zurückzugeben. Ja dieſe Verbindlichkeit muß um ſo größer erſcheinen, wenn der Beſitzer weiß, daß die von ihm beſeſſene Sache eine fremde iſt. Allein zu einem Zurückgeben der Sache an ihren wahren Eigenthümer, ohne Aufforderung von deſſen Seite, alſo zu einem ultro offerre, iſt ſelbſt der malae fidei possessor nicht verpflichtet. Sein Beſitz gründet ſich jederzeit auf ein formell gültiges Rechtsgeſchäft; — ſonſt würde er Dieb oder gewaltſamer Beſitzer ſein; — aber materiell iſt er ungültig. Die Verpflichtung zur allendlichen Reſtitution der Sache iſt nicht die Folge einer aus dem Beſitz an ſich entſpringenden Obligation gegen den Eigenthümer, vielmehr lediglich Folge des Eigenthumsrechts des Vindicanten, dem der bloße Beſitz weichen muß. Liegt alſo in dem Beſitz, als ſolchen, ſelbſt wenn er eine malae fidei possessio, keine obligatoriſche Verpflichtung, die Sache unaufgefordert herauszugeben, ſo kann auch die Nichterfüllung dieſer, überall nicht vorhandenen Obligation, m. a. W. die Fortſetzung des Beſitzes, ſo lange die Sache vom Eigenthümer noch nicht zurückgefordert worden iſt, dem malae fidei possessor unmöglich als eine culpoſe Verzögerung, d. h. als eine Mora, angerechnet werden. — Ganz anders verhält es ſich da, wo der Beſitz einer Sache nicht nur ein wiſſentlich fremder, ſondern zugleich durch die Form des Erwerbes, alſo formell wie materiell, unrechtmäßiger iſt. So beim Diebſtahl und der gewaltſamen Beſitzergreifung. Hier liegt in der

Art des Erwerbes ein Delict, entſteht mithin in dem Moment der Acquiſition eine obligatio ex delicto, die den Erwerber ſofort auch vor erfolgter Aufforderung durch den Eigenthümer verpflichtet, die Sache ihrem rechtmäßigen Herrn zurückzugeben. Die Verſäumniß dieſer Verbindlichkeit muß in jedem Augenblick von Neuem als die culpoſe Verzögerung einer obligatoriſchen Verpflichtung, d. h. als eine Mora, angeſehen werden, daher der folgenreiche Satz: fur semper moram facere videtur. Die Gleichſtellung nun der malae fidei possessio mit dem Diebſtahl und der gewaltſamen Beſitzergreifung, ſowie die daraus entſprungene Uebertragung einer mora ex re auf die erſtere, beruht auf einem unleugbaren Verkennen des eigenthümlichen Weſens der malae fidei possessio, die ihren Urſprung jederzeit aus einem formell giltig abgeſchloſſenen Rechtsgeſchäfte herleiten muß.

2) Eine mora ex re kann, weil Ausnahme, überall nur da ſtatuirt werden, wo das Geſetz dieſelbe namentlich verordnet hat. Den Dieb und gewaltſamen Beſitzer bedrohen ausdrückliche Geſetze mit den nachtheiligen Folgen einer auch ohne alle Interpellation eintretenden mora ex re. Rückſichtlich des malae fidei possessor dagegen läßt ſich nicht eine geſetzliche Verordnung der Art nachweiſen.

3) Wäre mit jeder malae fidei possessio ohne Weiteres eine mora ex re verknüpft, ſo würde damit ſchwer zu vereinigen ſein der Grundſatz, daß da, wo der Schuldner die ſofortige Reſtitution weigert, nicht differendi caussa, ſodern weil er sine dolo malo ad iudi-

cium provocat, eine Mora nicht begründet ſei. Wenn alſo der malae fidei possessor, sine dolo malo ad iudicium provocat, ſo würde zugleich eine mora ex re von dem Augenblick ſeines Beſitzes an und als Folge deſſelben gegen ihn begründet, und doch wiederum nicht begründet ſein. — Mühlenbruch wendet ein [23]), meine Vorausſetzung daß der malae fidei possessor durch Provocation auf einen Proceß den Anfang der Mora willkürlich hinausſchieben könne, ſei unbegründet: allein dieſe Entgegnung trifft mich nicht, indem ich nie behauptet habe, dem malae fidei possessor ſtehe ſolch willkürliche Handlungsweiſe zu. Ich rede nur von dem Fall, da er iuste ad iudicium provocat. Dies würde z. B. ſtatt finden, wenn der malae fidei possessor, der zwar die materielle Unrechtmäßigkeit ſeines Beſitzes, aber den wahren Eigenthümer der Sache nicht kennt, die Richtigkeit des von dieſem letztern erhobenen Eigenthumsanſpruches bona fide in Abrede ſtellt, und die Entſcheidung auf einen Proceß ankommen laſſen zu müſſen glaubt.

4) Für den malae fidei possessor entſpringt die obligatio ad rem restituendam erſt aus der rei vindicatio des Eigenthümers; die Obligation iſt hier Wirkung des Litisconteſtation. Iſt nun vor Anſtellung dieſer Klage auf Seiten des Beſitzers keine Obligation vorhanden, ſo iſt bis dahin auch keine Mora möglich, da die Mora weſentlich die Exiſtenz einer Obligation vorausſetzt.

23) Mühlenbruch a. a. O. § 355 Nota 4.

Mühlenbruch erklärt freilich dieſe Behauptung, daß die Obligation des malae fidei possessor erſt durch die Proceßführung begründet werde, für eine unrichtige Vorausſetzung. Er lehrt [24]) bei Erörterung der Verbindlichkeiten des mit der rei vindicatio Belangten: „Eine Verbindlichkeit des Verklagten gegen den Kläger wird entweder durch dolus begründet, oder durch die angeſtellte Klage. Durch dolus wegen argliſtigen Aufgebens des Beſitzes, und **wegen der mala fides des Beſitzers, womit die ſtrengen Folgen der Mora, von dem Beginn des Beſitzes an gerechnet, verknüpft ſind.** Allein die von ihm zum Beweiſe ſeiner Behauptung angeführten Quellenzeugniſſe [25]) handeln ſämmtlich vom Diebe und gewaltſamen Beſitzer, nicht aber von jedem malae fidei possessor. Wie unrichtig indeß die Gleichſtellung dieſer beiden und die Anwendung der für den fur und violentus possessor geltenden Beſtimmungen auf den malae fides possessor, iſt ſchon oben dargethan worden. Endlich

5) iſt die ganze Argumentation, auf die ſich die Annahme einer bei jeder malae fidei possessio concurrirenden mora ex re gründet, eine unhaltbare. Allerdings muß, nach unzweideutigen Ausſpüchen der Quellen, der mit der rei vindicatio belangte Beſitzer ſelbſt für den zufälligen Untergang der Sache Erſatz leiſten, wenn er

---

24) Mühlenbruch a. a. O. § 271 № 1.

25) L. 8 § 1, L. 17, L. ult. D. de condict furt. (13, 1.) L. 19 D. de vi (43, 16) L. ult. C. de condict ob turpem caussam (4, 7).

nicht beweiſen kann, daß die Sache auch in den Händen des Eigenthümers von demſelben Zufall betroffen ſein würde. Indem man nun aus Mißverſtändniß der Quellen dieſelbe modificirte Verpflichtung des ſäumigen Schuldners annahm, ſchloß man von der gleichen Wirkung auf eine Gleichheit des Grundes zurück, und kam ſo ſehr natürlich dazu, für den malae fidei possessor ohne Weiteres eine mora und zwar ex re zu ſtatuiren, theils weil eine Mahnung des malae fidei possessor durch den Eigenthümer nicht überall voraus gegangen, theils wegen vermeintlicher Verwandtſchaft des Diebes und violentus possessor mit dem malae fidei possessor. Allein abgeſehen von der weiterhin zu erweiſenden Ungleichheit des Umfanges der Verpflichtung eines malae fidei possessor und eines ſäumigen Schuldners, für das periculum rei einzuſtehen, beruhen die derartigen Verbindlichkeiten beider auf ganz verſchiedenen Gründen. Für den ſäumigen Schuldner iſt die praestatio periculi lediglich die Folge der durch die Mora eintretenden perpetuatio obligationis, die für ihn die ſonſt liberatoriſche Wirkung des zufälligen Unterganges der Sache aufhebt. Für den malae fidei possessor dagegen entſteht die Verbindlichkeit zur praestatio periculi aus dem materiell unrechtmäßigen Beſitz der Sache. In Folge deſſen iſt er nach einem, zuerſt bei der hereditatis petitio durch Hadrian eingeführten [26]) und ſpäterhin auf die rei vindicatio angewendeten Grundſatze verpflichtet, „ut post

26) L. 40 pr. D. de hereditatis petitione (5, 3).

iudicium acceptum id actori praestetur, quod habiturus esset, si eo tempore, quo petit, restituta esset (sc. res s. hereditas)." Hiernach muß natürlich ſelbſt der malae fidei possessor freigeſprochen werden, wenn er den Beweis führt, die Sache wäre auch in den Händen des Eigenthümers durch denſelben Zufall vernichtet worden, denn immerhin wäre dann den Anforderungen des obigen Grundſatzes genügt. Beruht nun aber die Verpflichtung des malae fidei possessor in beſchränkter Weiſe auch für den interitus rei einzuſtehen, der That nach auf ganz anderen Principien, als die ähnliche Verbindlichkeit des ſäumigen Schuldners, ſo kann man unmöglich von einer vermeintlichen Gleichheit der Wirkung auf eine Gleichheit des Grundes zurückſchließen, und ſomit fällt das einzige Argument für die Annahme einer mora ex re auf Seiten jedes malae fidei possessor haltungslos zuſammen.

Es iſt in dem Bisherigen der Ungrund der Behauptung, daß jede malae fidei possessio eine mora sc. ex re involvire, nachgewieſen worden. Dies iſt für die nachfolgende Unterſuchung von entſcheidender Wichtigkeit. Es folgt nämlich daraus, daß diejenigen Stellen unſerer Rechtsquellen, die von der Verbindlichkeit des malae fidei possessor den zufälligen Untergang der Sache zu tragen, handeln, nicht entſcheiden können über den Umfang der ähnlichen Verpflichtung eines ſäumigen Schuldners. Prüfen wir nach dieſer nothwendigen Vorerörterung einzeln die wenigen Geſetze, auf welche geſtützt

man jene beſchränkte Verbindlichkeit des ſäumigen Schuldners zur praestatio periculi behauptet hat. Es ſind folgende:

1) *L.* 47 § 6 *D. de legatis* I. (30) — Ulpianus — Item si fundus chasmate perierit, Labeo ait, utique aestimationem non deberi: quod ita verum est, si non post moram factam id evenerit: potuit enim eum acceptum legatarius vendere.

Ulpian beſtätigt hier zwar im Allgemeinen den Ausſpruch des Labeo daß der mit Entrichtung eines legirten Grundſtückes beſchwerte Erbe von aller Verbindlichkeit frei werde, wenn Zufall den fundus vernichtet: beſchränkt aber zugleich und mit Recht den von Labeo viel zu allgemein aufgeſtellten Satz durch die Hinweiſung darauf, daß dies nur gelten könne, wenn der Erbe ſich bei Entrichtung des Legates keiner Mora ſchuldig gemacht. Denn dann würde jenes „aestimationem non deberi“ nicht mehr ſtatt haben, indem nach dem alten Rechtsſatze „quotiens culpa intervenit debitoris perpetuari obligationem“ die Verbindlichkeit des Erben eine perpetua geworden, wie ja Ulpian an einem andern Orte auch ausdrücklich ſagt: [27]) „ipsius quoque rei interitum post moram debet (sc. heres), sicut in stipulatione, si post moram res interierit, aestimatio eius praestatur“. Die ſcheinbare Härte nun, die in

27) L. 39. § 1. D. de Verbor. obligation. (45, 1).

dieſer Verpflichtung des ſäumigen Erben ſtatt des durch Zufall vernichteten Grundſtücks, den Werth deſſelben entrichten zu müſſen, liegen könnte, will Ulpian rechtfertigen und ſo weiſt er darauf hin, daß ja der Legatar das Grundſtück, hätte er es vor dem Untergange zu rechter Zeit erhalten, vielleicht weiter verkauft und ſo mit dem Kaufgeld ſich bereichert haben würde. Indem man nun dieſen ſo klar vor Augen liegenden Zweck der Worte „potuit enim eum acceptum legatarius vendere“ verkannte, und dieſelben in dem Sinne einer, das vorangehende beſchränkenden Modification erklärte, glaubte man zugleich darin eine nicht geringe Beſtätigung der herrſchenden Lehre zu finden, und fand ſie um ſo leichter, je geneigter man dazu im Voraus war. Allein dem unbefangenen Leſer kann der Mißgriff nicht entgehen, denn eine Berechtigung dazu, das was Ulpian als eine bloße Erklärung und Rechtfertigung der vorangehenden Worte giebt, als eine beſchränkende Bedingung zu faſſen, iſt nicht im Entfernteſten vorhanden. Demnach muß die vorliegende Stelle als durchaus gewichtlos für die gegneriſche Lehre betrachtet werden. Daſſelbe gilt im Ganzen von der

2) *L.* 14 § 1 *D. depositi* (16, 3) — Gaius — sive autem cum ipso, apud quem deposita est, actum fuerit, sive cum herede eius, et sua natura res ante rem iudicatam interciderit, veluti si homo mortuus fuerit, Sabinus et Cassius absolvi eum debere, cum quo actum est, dixerunt: quia aequum esset naturalem inte-

ritum ad actorem pertinere; utique cum interitura esset ea res, etsi restituta esset actori.

Gajus referirt hier zunächſt den Ausſpruch des Sabinus und Caſſius daß, wenn die deponirte Sache, z. B. der Sclave, vor gefälltem Urtheil durch Zufall umgekommen, der Beklagte, alſo der Depoſitar, freigeſprochen werden müſſe, da ja der interitus naturalis den Kläger treffe. Indeß fügt er, als eine Modification dieſer letzteren allgemeinen Behauptung die Worte „utique cum interitura esset ea res, etsi restituta esset actori“ hinzu. Sofern nun, folgert man, durch die Anſtellung der actio depositi der Depoſitar in Mora geräth, und den Deponens gleichwohl das periculum interitus naturalis trifft „cum interitura esset ea res, etsi restituta esset“ liegt darin die unzweideutigſte Anerkennung des Grundſatzes, daß der Schuldner, trotz ſeiner Mora von der Verbindlichkeit für den zufälligen Untergang der Sache einzuſtehen frei werde, wenn dieſelbe auch beim Gläubiger von gleichem Zufall betroffen ſein würde. — So ſcheinbar dieſe Argumentation beim erſten Anblick, ſo wenig hält ſie bei näherer Prüfung Stich. Unbegründet nämlich iſt vor allem die Vorausſetzung, daß in unſerer Stelle von einer Mora des Depoſitars die Rede ſei. Wenngleich im Allgemeinen nicht in Abrede zu ſtellen, daß die Anſtellung der Klage (hier der actio depositi) als die unzweideutigſte Art der Mahnung, den Gegner in Mora verſetze, ſo leidet dies doch keine Anwendung, wenn der Gegner es bona fide

und aus gutem Grunde zum Proceß kommen ließ; [28]) z. B. weil er dem, der als Erbe des Deponens die Sache zurückfordert, aber ſich nicht ſofort gehörig legitimirt, die augenblickliche Reſtitution verweigert. Auf einen Fall dieſer Art iſt offenbar unſere L. 14 § 1 D. cit. zu beziehen. Daß weder Sabinus und Caſſius noch Gajus hier an eine Mora des Depoſitars gedacht haben, ergiebt ſich deutlich aus den Worten „naturalem interitum ad actorem pertinere". Unmöglich hätten ſie dieſes Prinzip als Entſcheidungsnorm zur Anwendung bringen können, wäre eine Mora des Depoſitars im Spiel geweſen, da ja durch ſolche Mora die Obligation des Depoſitars perpetuirt worden m. a. W. der Nachtheil des naturalis interitus auf den reus übergegangen ſein würde. Dies erkennt an einem andern Orte ganz ausdrücklich und zwar in ſpecieller Beziehung auf das Depoſitum Pomponius [29]) an, indem er ſagt: quemadmodum, quod ex stipulatu vel ex testamento dari oporteat, post iudicium acceptum cum detrimento rei periret: sic depositum quoque eo die, quo depositi actum sit, periculo eius, apud quem depo-

28) L. 21 pr. D. de usuris (22, 1) — Ulpianus — sciendum est, non omne, quod differendi caussa optima ratione fiat, morae adnumerandum — L. 24 pr. D. eod. — Paulus — Si quis solutioni quidem moram fecit, iudicium autem accipere paratus fuit, non videtur fecisse moram: utique si iuste ad iudicium provocavit — L. 63 D. de R. J. (50, 17) — Julianus — qui sine dolo malo ad iudicium provocat, non videtur moram facere —

29) L. 12 § 3 D. depositi (16, 3).

situm fuerit, est. Wollte man nun wie in dieſer letztern Stelle, ſo auch in unſerer L. 14 § 1 D. cit. eine durch die Anſtellung der actio depositi begründete Mora des Depoſitars annehmen, ſo würde ein unauflöslicher Widerſpruch zwiſchen beiden Geſetzen die Folge ſein, denn während das eine dem Depoſitar unbedingt die praestatio periculi aufbürdet, befreit ihn das andere von dieſer Verpflichtung „cum interitura esset ea res, etsi restituta esset actori." Eine Meinungsverſchiedenheit des Pomponius und Gajus wäre an ſich allerdings denkbar, allein eine derartige Annahme bleibt immer mißlich und gegen den Willen Juſtinians, ſo lange eine andre Erklärung des ſcheinbaren Widerſpruchs zweier Geſetzſtellen durch eine ſcharfe Sonderung der den verſchiedenen Entſcheidungen zu Grunde liegenden factiſchen Verhältniſſe, möglich iſt. Beziehen wir aber unſre L. 14 § 1 D. cit. auf den Fall einer, trotz Anſtellung der Klage gegen den Depoſitar noch nicht begründeten Mora, ſo erklärt ſich der Ausſpruch des Gajus „naturalem interitum ad actorem pertinere, utique cum interitura esset ea res, etsi restituta esset actori" auf ſehr genügende Weiſe aus dem ſchon oben erwähnten durch Hadrian eingeführten Rechtsſatz „ut post iudicium acceptum id actori praestetur, quod habiturus esset, si eo tempore, quo petit, restituta esset (sc. hereditas, s. res). — Demnach beweiſt auch die vorliegende L. 14 § 1 D. cit. nicht für die gegneriſche Lehre. Eben ſo wenig

3) *L.* 15 § 3 *D. de rei vindicatione* (6, 1) — Ulpianus — Si servus petitus vel animal aliud demortuum sit sine dolo malo et culpa possessoris, pretium non esse praestandum plerique aiunt. Sed est verius, si forte distracturus erat petitor, si accepisset, moram passo debere praestari. Nam si ei restituisset, distraxisset, et pretium esset lucratus.

Den von manchen ſeiner Zeitgenoſſen in viel zu großer Allgemeinheit aufgeſtellten Satz, daß der mit der rei vindicatio belangte Beſitzer den sine dolo et culpa eingetretener Untergang der Sache nicht zu vertreten habe, modificirt Ulpian dahin „sed est verius, si forte distracturus erat petitor, si accepisset, moram passo debere praestari.“ Man hat nun in dieſem Ausſpruch Ulpians ganz beſonders eine Bekräftigung der Lehre, der ſäumige Schuldner hafte nur unter derſelben Beſchränkung für das periculum rei, zu finden gemeint, indem man auch hier von der Vorausſetzung ausging, durch Anſtellung der Klage ſei der Beſitzer jedenfalls in Mora verſetzt worden; ja zur Beſtätigung deſſen berief man ſich wohl auf die Bezeichnung des Klägers, als eines „moram passus“. Allein hier, wie in der vorigen Stelle, iſt dieſe Vorausſetzung unbegründet. Ulpian gedenkt lediglich des possessor *sine* culpa und ſchließt damit den Fall einer Mora aus, da jede Mora ihrer Natur nach eine culpa involvirt. Ohnehin erweiſt der ganze Zuſammenhang der Stelle, wie ihre Aufnahme in den Titel de rei vindicatione, daß Ulpian hier nicht

von den Nachtheilen der Mora, ſondern den durch den Beſitz einer fremden Sache begründeten Folgen handelt. Die Entſcheidung beruht alſo auf ganz anderen Prinzipien, als denen der Mora. Ich erinnere hier an die obige Ausführung, daß Geſetzſtellen, die auf die Verhältniſſe des Beſitzes fremder Sachen ſich beziehen, durchaus nicht als Entſcheidungsnorm in unſerer Lehre benutzt werden dürfen. Der von Ulpian gebrauchte Ausdruck „moram passus" kann kein gegründetes Bedenken machen, da das Wort mora auch häufig in einer nicht techniſchen Bedeutung, für Verzögerung überhaupt, vorkommt. Das moram pati des einen, ſetzt nicht ſchlechthin ein moram facere des Gegners voraus. So müſſen wir demnach auch dieſe Stelle als durchaus irrelevant für die gegneriſche Lehre erklären.

Nicht minder endlich die von Mühlenbruch außerdem noch angezogene L. 14 § 11 D. quod m. caussa (4, 2), L. 40 pr. D. de hereditatis petitione (5, 3) und L. 12 § 4 D. ad exhibendum (10, 4), — Stellen die ſo augenſcheinlich auf anderen Prinzipien als denen der Mora beruhen, daß eine ausführlichere Beleuchtung derſelben überflüſſig ſein dürfte. Folgende Andeutungen über den Standpunkt den dieſe Stellen einnehmen, werden vollſtändig hinreichen die Behauptung, daß aus ihnen ein Beweis für die gegneriſche Lehre nicht entlehnt werden könne, zu rechtfertigen. Die L. 14 § 11 D. quod metus caussa (auf die wir weiter unten zurückkommen werden) handelt von der Verpflichtung des mit der actio quod metus caussa Belangten, auch für den

zufälligen Untergang der Sache einzuſtehen „si tamen peritura res non fuit, si metum non adhibuisset“. Allein da hier der Verklagte aus einen, materiell zwar fehlerhaften, aber doch formell gültigen Rechtsgeſchäfte beſitzt, ſo muß er wie ein gewöhnlicher malae fidei possessor betrachtet werden; mithin gelten für ihn ſehr natürlich die oben entwickelten Grundſätze der malae fidei possessio, nicht der Mora. Die L. 40 pr. D. de hereditatis petitione und die L. 12 § 4 D. ad exhibendum reden unzweideutig nicht von Klagen aus obligatoriſchen Verhältniſſen, ſondern von Klagen gegen den Beſitzer einer Erbſchaft, (respective Sache) auf deren Reſtitution, wobei dann natürlich die Prinzipien der malae fidei possessio, nicht der Mora zur Anwendung kommen.

Werfen wir nun einen Blick auf die bisherigen Erörterungen zurück, ſo ergiebt ſich daß ſämmtliche Geſetzſtellen, auf welche geſtützt man jene beſchränktere Verbindlichkeit des ſäumigen Schuldners für den zufälligen Untergang der Sache einzuſtehen, behauptet hat und zum Theil noch behauptet, die in Rede ſtehende Modification nicht beweiſen, da dieſe Stellen unter ganz anderen Prinzipien als denen der Mora ſtehen, und damit dürfte dann die Richtigkeit der von uns vertheidigten Lehre, daß der ſäumige Schuldner ohne alle Einſchränkung das periculum rei zu tragen habe, außer Zweifel geſtellt ſein, da nicht nur eine zahlreiche Reihe von Quellenzeugniſſen für dieſen Grundſatz ſpricht, ſondern derſelbe auch mit den allgemeinen Prinzipien und der Natur der Mora im vollkommenſten Einklange ſteht.

III.

Wenn wir in dem Vorſtehenden dem ſäumigen Schuldner überhaupt das Recht abgeſprochen haben, durch Berufung auf den zufälligen Untergang der Sache auch in den Händen des Gläubigers, von der praestatio periculi ſich frei zu machen, ſo bedarf es wohl kaum einer beſonderen Erklärung, daß wir für den Dieb und gewaltſamen Beſitzer keine Ausnahme ſtatuiren, da beide von dem Moment ihres Beſitzes eine mora ex re trifft. Gleichwohl hat die entgegenſtehende Anſicht eine hochgewichtige Autorität für ſich, die es unerläßlich macht, einige Augenblicke noch bei dieſem Punkte zu verweilen. Der von uns und allgemein ſo tief betrauerte dahin geſchiedene Thibaut lehrt [30]) „die Regel, daß der Säumige die Gefahr der Sache trägt, ſcheint nach manchen Geſetzen unbedingt, muß aber doch dahin beſchränkt werden, daß der ſäumige Schuldner, den Dieb und gewaltſamen Beſitzer nicht ausgenommen, alsdann vom Schadensersatz frei iſt, wenn die Sache ungeachtet der Ablieferung auch bei dem Gläubiger den Zufall würde erlitten haben, welches der Säumige zu beweiſen hat". Dieſer Anſicht iſt dann beigetreten v. Wening-Ingenheim [31]). Beide Rechtslehrer berufen ſich hauptſächlich auf die ſchon oben in anderer Beziehung erwähnte: L. 14 § 11 D. quod metus causa (4, 2), in der Ulpian unter anderem lehrt

30) Thibaut Syſtem des Pandectenrechts. 8te Aufl. § 99.

31) v. Wening-Ingenheim Lehrbuch des gemeinen Civilrechts. 5te Aufl. Th. II. § 242.

Quid si homo sine dolo malo et culpa eius, qui vim intulit et condemnatus est, periit? in hoc casu a rei condemnatione ideo relaxabitur, si intra tempora iudicati actionis moriatur, quia tripli poena propter facinus satisfacere cogitur . . . Haec si post condemnationem; si autem ante sententiam homo sine dolo malo et culpa mortuus fuerit, tenebitur, et hoc fit his verbis Edicti: nemque ea res arbitrio iudicis restituetur. Ergo et si in fuga sit servus, sine dolo malo et culpa eius, cum quo agetur, cavendum esse per iudicem, ut eum servum persecutus reddat. Sed et si non culpa ab eo, quocum agitur, aberit; si tamen peritura res non fuit, si metum non adhibuisset: tenebitur reus sicut in Interdicto unde vi, vel quod vi aut clam observatur. Itaque interdum hominis mortui pretium recipit, qui eum venditurus fuit, si vim passus non esset.

Allerdings ſoll nach dieſem Ausſpruche Ulpians der mit der actio quod metus causa Belangte das periculum interitus nicht unbedingt tragen, derſelbe vielmehr nur dann zum Erſatz des Werthes der zufällig untergegangenen Sache verpflichtet ſein „si peritura res non fuit, si metum non adhibuisset“. Thibaut und v. Wening-Ingenheim ſtellen nun den „qui metum adhibuit“ dem fur und violentus possessor gleich, übertragen mithin conſequent die Vorrechte des erſteren auch auf die beiden letzteren. Allein in die-

ſer Gleichſtellung liegt der Grundfehler. Die actio quod metus caussa iſt allein gerichtet gegen den, der aus einem formell giltigen Rechtsgeſchäfte die fremde Sache erworben hat, nur daß das Rechtsgeſchäft wegen eines materiellen Mangels (Erzwungenheit des Conſenſes) hinterher durch den Richter aufgehoben werden kann. „Quod metus caussa gestum erit, ſagt der Prätor, ratum non habebo". Ganz anders der Dieb und der gewaltſame Beſitzer, deren Beſitz aus einem Delict ſich herſchreibt. Während alſo der mit der actio quod metus causa Belangte nur als malae fidei possessor zu behandeln, für den, wie oben dargethan, eine mora ex re nicht anzunehmen, trifft eine ſolche den fur und violentus possessor. Wenn nun in der vorliegenden Stelle dem reus bei der actio quod metus causa die gewöhnlichen Modificationen, die in Betreff der praestatio periculi jedem m. f. possessor zu Gute kommen, zugeſtanden werden, ſo dürfen dieſe auf den fur und violentus possessor, bei der durchgreifenden Grundverſchiedenheit beider Verhältniſſe, nicht übertragen werden. Indeß könnten einiges Bedenken vielleicht die Worte: „tenebitur reus, sicut in interdicto unde vi, vel quod vi aut clam" erregen. Es könnte nämlich danach ſcheinen, als ſetze Ulpian das Interdictum unde vi oder quod vi aut clam in ſeiner Wirkung ganz der actio quod metus causa gleich, ſo daß die für die letztere angegebene Modification der reus haftet nur „si tamen res non peritura fuit, si metum non adhibuisset", auch für die beiden Interdicte gelte, m. a. W. dem violentus

possessor zu Gute komme. Allein Ulpian vergleicht nicht die genannten Interdicte der actio quod metus caussa, ſondern umgekehrt die actio quod metus caussa, für den Fall, daß „peritura res non fuit, si metum non adhibuisset“, den Interdicten m. a. W. er will ſagen, si res peritura non fuit, si metum adhibuisset, haftet der mit der actio q. m. c. Belangte eben ſo unbedingt für das periculum rei, als der Beklagte bei dem Interdicte unde vi. Daß aber dieſer ohne alle weitere Modification das periculum rei trägt, ſagt Ulpian ſelbſt an einem andern Orte. [32] Das „sicut in Interdicto unde vi“ etc. in unſerer Stelle bezieht ſich alſo nur auf die unmittelbar vorangegangenen Worte „tenebitur reus“ nicht auch auf die, gleichſam als Parentheſe zu erklärenden Worte „si tamen peritura res non fuit, si metum non adhibuisset“. — So dürfte denn die L. 14 § 11 D. quod metus causa eher gegen als für Thibauts Meinung ſprechen, indem ſie auf das Schärfſte den Gegenſatz der Fälle bloßer m. f. possessio und ſonſtigen unredlichen oder gewaltſamen Beſitzes hervorhebt.

v. Wening-Ingenheim beruft ſich, wiewohl offenbar mit noch weit minderem Glück, außerdem auf

> *L.* 30 § 1 *D. de iure iurando* (12, 2) — Paulus — Si iuravero te Stichum mihi dare oportere, qui non sit in rerum natura, nec aestimationem mihi praestare reus debet, nisi ex causa furtiva, vel propter moras: tunc enim

32) L. 1 § 34 D. de vi (43, 16) vid. weiter unter S. 391 die Stelle unter B. 1.

etiam post mortem servi aestimatio praestatur.

Paulus ſtellt hier das furtum und die mora in Betreff ihrer Wirkung auf die praestatio periculi, einander ganz gleich. Somit würde dieſe Stelle für Wening-Ingenheims Anſicht nur unter der Vorausſetzung ſprechen, daß dem ſäumigen Schuldner überhaupt die ſo oft erwähnte Modification zu Gute komme. Da nun aber eben dieſe Vorausſetzung unbegründet, vielmehr, wie oben dargethan worden, der ſäumige Schuldner ganz unbedingt für den zufälligen Untergang haftet, muß eben daſſelbe für den fur angenommen werden. Auch dieſe Stelle ſpricht alſo geradezu gegen v. Wening-Ingenheims und Thibauts Behauptung. Abgeſehen endlich davon, daß die gegneriſche Lehre durch die Quellenzeugniſſe, die man zu ihren Gunſten anführt, durchaus nicht unterſtützt wird, ſtehen derſelben hauptſächlich zwei Umſtände entgegen:

1) die allgemeinen Prinzipien der Mora: denn da Diebſtahl wie gewaltſame Beſitzergreifung eine Mora ex re begründen, ſo muß auch für ſie die allgemeine Wirkung aller Mora, die perpetuatio obligationis eintreten, deren Bedeutung ſchon oben näher entwickelt, und deren Folge die unbedingte Verpflichtung für den zufälligen Untergang der Sache einzuſtehen,

2) eine nicht geringe Anzahl von Quellenzeugniſſen, in denen von jener vermeintlichen Modification der praestatio periculi für den Dieb wie den violentus possessor nicht im Entfernteſten die Rede iſt. Die wichtig-

ſten dieſer Stellen mögen hier, da ja auch dieſer Punkt von nicht geringer practiſcher Wichtigkeit, Anführung finden:

A. Den Dieb verpflichten unbedingt zur praestatio periculi:

1) *L.* 30 § 1 *D. de iure iurando* (12, 1) — vergl. oben S. 388.

2) *L.* 7 § 2 *D. de condictione furtiva* (13, 1) — Ulpianus — Condictio rei furtivae, quae rei habet persecutionem, heredem quoque furis obligat; nec tantum, si vivat servus furtivus, sed etiam si decesserit.

3) *L.* 8 § 1 *D. eod.* — Ulpianus — sive ex causa furtiva res condicatur, cuius temporis aestimatio fiat, quaeritur? Placet tamen, id tempus spectandum, quo res unquam plurimi fuit: maxime cum deteriorem rem factam fur dando non liberatur: semper enim moram fur facere videtur.

4) *L.* 16 *D. eod.* — Pomponius — Qui furtum admittit, vel re commodata vel deposita utendo, condictione quoque ex furtiva causa obstringitur: quae differt ab actione commodati hoc, quod etiam si sine dolo malo et culpa eius interierit res, condictione tamen tenetur: cum in commodati actione non facile ultra culpam, et in depositi non ultra dolum malum teneatur is, cum quo depositi agetur.

5) *L.* 20 *D. eod.* — Tryphoninus — Licet fur paratus fuerit excipere condictionem, et per me steterit, dum in rebus humanis res fuerat, condicere eam, postea autem peremta est, tamen durare condictionem Veteres voluerunt: quia videtur qui primo invito domino rem contrectaverit, semper in restituenda ea, quam nec debuit auferre, moram facere.

6) *L.* 50 *pr. D. de furtis* (47, 2) — Ulpianus — In furti actione non quod interest, quadruplabitur vel duplabitur: sed rei verum pretium: sed et si res rebus humanis esse desierit, cum iudicatur, nihilominus condemnatio facienda est.

7) *L.* 2 *C. de condictione furtiva* (4, 8) — Ante oblationem interemptae rei furtivae damnum ad furem pertinere, certissimi iuris est.

8) *L.* 9 *C. de furtis* (6, 2) — Subtracto furto, vel vi abrepto mancipio, quamvis rebus humanis non oblatum fuerit exemptum: tam ad raptorem, quam ad furem periculum redundabit, et uterque eorum poena legitima coercebitur.

B. Eben ſo allgemein und unbedingt machen den violentus rei alienae possessor für deren zufälligen Untergang verantwortlich:

1) *L.* 1 § 34 *D. de vi* (43, 16) — Ulpianus — Denique scribit Julianus, eum qui vi deiecit ex eo praedio, in quo homines fuerant, propius esse, ut etiam sine culpa ejus mortuis ho-

minibus aestimationem eorum per Interdictum restituere debeat, sicuti fur hominis etiam mortuo eo tenetur.

2) *L.* 19 *D. eod.* — Tryphoninus — si me de fundo vi deieceris, in quo res moventes fuerint; cum mihi Interdicto unde vi restituere debeas non solum possessionem soli, sed et ea, quae ibi fuerunt . . . subtractis tamen mortalitate servis aut pecoribus, aliisve rebus casu intercidentibus, tuum tamen onus nihilominus in eis restituendis esse: quia ex ipso tempore delicti plus quam frustrator debitor constitutus est.

3) *L.* 7 *C. de condictione ob. turp. causs.* (4, 7), Eum, qui ad restituenda, quae abegerat, pecora pecuniam accepit: tam haec quam ea, quae per hoc commissum tenuit, restituere debere convenit: licet mortua, vel alio fortuito casu periisse dicantur: cum hoc casu in rem mora fuit.

Die einheimiſchen Quellen unſerer Provinzialrechte enthalten über die hier behandelte Lehre gar keine Beſtimmungen, daher denn die oben entwickelten Grundſätze des gemeinen Rechts zur Anwendung kommen müſſen.

XV.

Die Schwediſchen Zinsplacate vom 14ten November 1666 und 16ten December 1687 und ihr Verhältniß zum Liv- und Eſthländiſchen Recht.

Von C. O. v. Madai.

Die Schwediſche Herrſchaft, unter der längere Zeit Liv- und Eſthland geſtanden, iſt nicht ohne Einfluß geblieben auf die Entwickelung des bürgerlichen Rechts dieſer beiden Provinzen. Nicht nur ſind für dieſelben ausdrücklich einzelne Verordnungen während jener Zeit erlaſſen worden: es ſtrebte zugleich die Regierung danach in ihnen das Schwediſche Landrecht als allgemeines Hilfsrecht einzuführen, um dadurch ältere Subſidiarrechte zu verdrängen [1]. Zwar iſt dies nicht gelungen, allein es ſind doch ſo manche Beſtimmungen des Schwediſchen Rechts von der Liv- und Eſthländiſchen Praxis recipirt worden, und haben auf dieſem Wege wenigſtens gewohnheitsrechtliche Geltung gewonnen. Iſt man nun gleich im Allgemeinen über den Grund wie über den Umfang der gegenwärtigen Anwendbarkeit des Schwediſchen Rechts in unſern Oſtſeeprovinzen [2] einverſtanden,

---

1) v. Bunge. Wie kann der Rechtszuſtand Liv-, Eſth- und Curlands am zweckmäßigſten geſtaltet werden? Dorpat 1833 § 5. vgl. auch deſſen Liv- und Eſthländiſches Privatrecht § 7.

2) v. Helmerſen. Abhandlungen aus dem Gebiete des Livländiſchen Adelsrechts. 2te Lieferung. Abhandlung 1.

ſo wird doch im Einzelnen oft die Entſcheidung darüber, was als recipirt zu betrachten ſei und was nicht, ſchwierig, wie überall da, wo der Grad der Geltung eines fremden Rechts ſeinen Maaßſtab lediglich in der durch die Praxis und darauf gegründetes Gewohnheitsrecht vermittelten Reception findet.

In mehr als einer Beziehung gilt dies auch von den in der Ueberſchrift näher bezeichneten Zinsplacaten. Ich werde in der nachſtehenden Abhandlung verſuchen das Verhältniß, in welchem dieſelben ſowohl zu dem früheren, wie dem gegenwärtigen Liv- und Eſthländiſchen Rechte ſtehen, etwas näher zu erörtern. Erwägen wir zuvörderſt den Hauptinhalt der beiden fraglichen Geſetze.

I.

In dem erſten jener Zinsplacate, vom 14ten November 1666 werden:

1) „Intereſſen, wozu man ſich specifice verpflichtet hat“ und „andere Intereſſen, welche nicht specifice genannt oder verſchrieben ſind“ ausdrücklich unterſchieden. Welcher Art Zinſen zu dieſen letzteren gehören, erhellt aus dem Geſetze ſelbſt, nicht. Die nähere Erörterung dieſes Punktes muß hier vorläufig unterbleiben: indeß werden wir weiterhin darauf zurückkommen.

2) Vertragsmäßig bedungene Zinſen ſollen das Maaß von 8 Procent nicht überſteigen. Indeß fügt das Geſetz ausdrücklich hinzu, „ausgenommen die Verſchreibungen und Contracten, ſo vor dieſem unſern Placat können gemacht und geſchloſſen ſein.“ —

3) Dem Gläubiger, der ſich mehr als 8 Procent bedungen, ſteht auf das plus nicht nur keine Klage zu, ſondern es ſoll der bereits gezahlte Ueberſchuß an dem Kapitale ſelbſt abgerechnet werden:

4) Zinſen jeder andern Art, die nicht vertragsmäßig ſtipulirt ſind, dürfen nie mehr als 6 Procent betragen. Aus den dabei hinzugefügten Worten: „allermaaßen wie bishero wegen dergleichen Interessens determination bei gerichten und urtheylen gebräuchlich geweſen“ ergiebt ſich, daß für Zinſen der bezeichneten Art, ſchon vor Erlaſſung unſeres Geſetzes, 6 Procent der übliche Zinsfuß geweſen.

5) Aller Zinswucher ſoll auf das ernſtlichſte geſtraft werden nnd zwar mit gänzlichem Verluſt des Capitals, und außerdem Erlegung der doppelten Summe an das nächſt gelegene Hospital. — Daß dieſe Strafe, wenigſtens zum Theil, ſchon vor Emanirung des Geſetzes gegolten, erhellt deutlich aus den Worten „beſtätigen und verordnen daneben, daß ꝛc.“

6) Als Zinswucher, welcher der vorerwähnten Strafe unterliegt, ſoll betrachtet werden, wenn [a]) „Standes-Perſonen gegen nothleidende unchriſtliches Schinden verüben, indem ſie Gelder, Getreyde, oder was es ſonſt ſein kann, an denjenigen, der ſolches bedarf und ſichs

3) Ich gebe hier die Ueberſetzung des Schwediſchen Zinsplacates, die ſich in der Livländiſchen Landesordnung findet. L. O. S. 125.

verſchaffen muß, mit ſolchen ungebührlichen und unleidlichen Conditionen, auslehnen, daß inner kurtzen Zeit-Verlauff, ſie entweder doppelt an Perſeelen oder der Würde, ja auch faſt noch höher bezahlen müſſen." Dabei ordnet das Geſetz noch eine beſondere Berechnungsweiſe und reſpective Beſchränkung, mit folgenden, an ſich allerdings etwas unklaren Worten an, „doch iſt hiebey zu observiren, daß bei Taxirung des Quanti und der Würde, auff daß, ſo ausgeliehen, und nicht, da es wieder bezahlt ward, ſo daß das ausgelobte ſelbiger Zeit in der Würde zur helffte mehr, als das Gelehnte geweſen, dieſer unſerer Verordnung unterworfen ſeyn ſoll, nicht aber die avance, ſo ein oder anderer auf Kauff-Wahren thut, verbohten, oder unter dieſem Geſetz begriffen, und das Reglement der Interesse, ſo hierin gebohten, ſondern in ſolchen Fall, ſteht ſowohl Käuffern als Verkäuffern frey, unter ſich, beſt ſie können, ſich zu vereinigen [4]." — Dieſer letztere Paſſus bezieht ſich auf

4) Eine etwas genauere, mehr den Worten des Originals ſich anſchließende Ueberſetzung dieſer Stelle, verdanke ich der Güte des Herrn Prof. Dr. Nordſtröm in Helſingfors; ſie lautet alſo: „doch ſoll hiebei beobachtet werden, daß bei Aufſchätzung des quanti und des Werthes des ausgeliehenen, auf den Preis Rückſicht zu nehmen ſei, der um die Zeit, als das Darlehn ausgegeben wurde, nach dem Marktpreiſe galt, aber nicht auf den, der um die Zeit der Rückzahlung des geborgten gilt: ſo, daß wenn der um dieſelbe Zeit (d. h. beim Contrahiren des Darlehns) ſtipulirte Zinswuchs im Werthe die Hälfte mehr, als was ausgeliehen, ausmacht, dieſes dann auch dieſer unſerer Verordnung unterworfen ſein ſoll." —

den, damals wahrſcheinlich häufig vorkommenden Getraidezinswucher. Um zu ermitteln ob ein ſolcher im Sinne des vorliegenden Geſetzes vorhanden, ſoll lediglich auf die Zeit der Eingehung des Darlehns geſehen, Zinswucher alſo nur dann angenommen werden, wenn der Darleiher bei Hingabe des Darlehns ſich, ſei es an Getraide oder an Geld-Werth deſſelben, ſo viel verſprechen läßt, daß, zahlte der Schuldner ſofort, er noch ein halb mal ſo viel, als er empfangen, entrichten würde. Auf die leicht mögliche Veränderung des Werthes der dargeliehenen Sache in der Zwiſchenzeit von der Contrahirung des Darlehns und deſſen Rückerſtattung, ſoll alſo bei Beurtheilung etwa vorhandenen Zinswuchers keine Rückſicht genommen werden; z. B. A. borgt am 1ten Jan. 1800 dem B. 100 Scheffel Getraide, und läßt ſich die Rückgabe von 140 Scheffel zum 1ſten Jan. 1803 verſprechen. Wenn nun auch inzwiſchen der Werth des Getraides ſteigt, ſo daß zur Zeit der Rückzahlung die 140 Scheffel ſo viel werth ſind, als im Jahre 1800 etwa 180 Scheffel geweſen ſein würden, ſo darf dies doch nicht als Zinswucher betrachtet und der erwähnten ſchweren Strafen unterworfen werden. Wenn dann ferner auf Kaufgeſchäfte das Geſetz keine Anwendung erleiden ſoll, ſo iſt damit folgender Fall gemeint: A. verkauft am 1ſten März 1830 dem B. 100 Scheffel Getraide, die damals nach dem Marktpreiſe etwa 100 Rubel gegolten hätten, für 180 Rubel, jedoch die Zahlung des Kaufgeldes ſoll erſt nach Jahresfriſt erfolgen. Wiewohl dies ſcheinbar ein Darlehn mit 80 Procent, unterſcheidet es ſich

von demſelben doch darin, daß beim mutuum die Reſtitution in eadem qualitate et quantitate erfolgen muß, und ſo kommt hier das Zinsplacat nicht zur Anwendung, es ſei denn daß das in Rede ſtehende Geſchäft ein erweislich ſimulirtes und lediglich in fraudem legis abgeſchloſſen worden.

Faſſen wir nochmals kurz die weſentlichſten Punkte des Geſetzes von 1666 zuſammen. Niemand ſoll beim Gelddarlehn ſich höhere Zinſen als 8 Procent ſtipuliren: ſind gar keine Zinſen verabredet, ſo darf der Richter nur auf 6 Procent erkennen: beim Getraidedarlehn dagegen iſt es erlaubt, ſich als Zins die Hälfte des Capitals verſprechen zu laſſen.

Dieſe Beſtimmungen erlitten zum großen Theil eine Abänderung durch das ſpätere Zinsplacat vom 16ten Decbr. 1687. Hierin heißt es:

1) „keiner ſoll von dem 1ten Januarii des Jahres 1683 an zu rechnen, ſchuldig ſein zu geben, oder berechtiget ſein, mehr als 6 Procent Intereſſe zu nehmen — — was vor Verſchreibung, entweder bereits möchte gemachet ſein, oder nach dieſem gemachet werden können — — — wofern aber keine Intereſſen benennet oder verſchrieben ſind, und darüber ein Streit ſich erheben ſollte, ſo ſoll keiner mit höhern Intereſſen als 5 Procent beleget werden, doch werden unbezahlte Wechſel und Bodmerey nicht hierunter begriffen, ſondern es wird damit nach denen darüber abſonderlich verfaßten Verordnungen gehalten“. — Demnach werden hier die Con-

ventionalzinſen von 8 Procent auf 6 Procent, die übrigen Zinſen von 6 auf 5 Procent herabgeſetzt:

2) es ſoll „bei Verluſt des ganzen Capitals (wovon die helffte an dem Angeber, die andere helffte an ſolche pios usus verfallen ſein ſoll, wozu wir dieſelben verordnen werden) ſo wohl der Banque als allen andern insgemein auf das ernſtlichſte verbohten ſein, unter welchem Vorwande es auch ſein mag, höhere Intereſſe zu geben oder zu nehmen als 6 Procent: im Fall einige Intereſſen in der Verſchreibung benahmet und bedingt worden.“ — Das Zinsplacat von 1687 verſchärft alſo das Zinsgeſetz von 1666 inſofern, als, während nach dieſem letzteren die Ueberſchreitung des geſtatteten Zinsfußes nur den Abzug der zuviel gezahlten Zinſen von dem Capital zur Folge hatte, das Zinsplacat von 1687 in ſolchem Fall den Verluſt des ganzen Capitals verhängt, das zur Hälfte an den Angeber, zur Hälfte an piae caussae fällt.

3) „Weilen im Lande — — — ein Theil von allerhand Standes-Perſonen gegen die Bedrängten unchriſtlichen Wucher auf ſolche Weiſe verüben, daß ſie ihnen in ihrer Dürftigkeit Getraybe und andere Perſeelen verſchießen, mit ſolchen ungebührlichen und unleidlichen Bedingungen, daß ſie binnen kurtzer Zeit ſolches doppelt bezahlen müſſen: Als haben wir ſolchen ungebührlichen Bedrück der Armen — — — hiedurch zum ſtreugſten aufs neue verbiethen und daneben ſetzen und verordnen wollen, daß, wenn einer ſolcher That bezichtiget und überzeuget wird, ſoll derſelbe erſtlich, daß ausgelehnte

ganz verbrochen haben und daneben mit verpflichtet ſein, dieſelbe Summa an das nechſte Hoſpital zweydoppelt zu bezahlen: doch ſoll daß, was der rechte Preis der Wahren, zur Zeit der Auslehnung geweſen, dem Außleiher auff den Bezahlungs-Termin entweder in ſelbigen Perſeelen oder Gelde, nach dem rechten Werth ausgerechnet, welcher damahls geweſen, als die Ausleihung geſchehen, mit 6 Procent des Jahres bezahlt werden, und der, welcher mehr nimt, oder begehret, ſoll in obgemeldte Strafe verfallen ſeyn: Sollte auch jemand nnter dem Namen eines Tauſches oder andern dergleichen Vorwand ſeinen armen Nächſten ſo hoch zu vervortheilen ſuchen, wenn er ihm etwas verſtreckt an Getraybe, Fiſch oder Saltz, ſo daß die Beſchwerde bei dem Zahlungstermin größer wird, mit den aufflauffenden Intereſſen 6 pro Centum, ſehen wir ſolches ebenfalls vor ungebührlich und Straff-würdig als das vorige an, aber der Gewinn oder Avance, welche ein oder ander bei einem recht oder richtig geſchloſſenen Kauff, alſobald empfäng oder auf Zeit bedinget, ſoll hierunter nicht verſtanden werden.“ — —

In der Art der Beſtrafung des Zinswuchers ſtimmt alſo das Geſetz vom 16. December 1687 mit dem früheren Zinsplacat vom 14. November 1666 durchaus überein. Der Gläubiger ſoll das Capital verlieren und außerdem den doppelten Betrag deſſelben an das nächſtgelegene Hoſpital zur Strafe entrichten. Allein die Grenze, von wo ab Zinswucher der verpönten Art anzunehmen, hat das Geſetz von 1687 erweitert. Denn während das Zinsplacat von 1666 beim Getraidedarlehn erſt dann

Zinswucher annimmt, wenn der Darleiher ſich außer dem Capital noch mehr als die Hälfte deſſelben als Gewinn ſtipulirt, bringt das Geſetz von 1687 den Begriff des Zinswuchers ſo wie deſſen Strafe auch bei dem Darlehn anderer fungibler Sachen, als Geld, ſchon dann zur Anwendnng, wenn der Gläubiger, ſich ſo viel ausbedingt daß er am Zahlungstage mehr empfangen würde, als den Werth des Gegebenen nach dem Ausleihtage mit 6 Procent Zinſen berechnet. Es ſoll demnach auch beim Getraidedarlehn der Gläubiger, bei Strafe des Wuchers nie mehr außer dem Capital verlangen dürfen, als was, nach dem Werthe des Geliehenen am Tage der Hingabe 6 Procent entſprach, entweder in natura oder in baarem Gelde. Zugleich verhängt das Geſetz die Strafe des Zinswuchers über alle ſimulirte Rechtsgeſchäfte, deren Zweck iſt ein wucherliches Darlehn zu verſtecken.

Dies der Hauptinhalt der beiden in Rede ſtehenden Zinsplacate. Zu richtigerem Verſtändniß derſelben müſſen indeß noch einige Punkte nähere Erörterung finden [5].

1) Er drängt ſich von ſelbſt die Frage auf, welches der Zuſtand der Schwediſchen Zinsgeſetzgebung vor Emanirung dieſer beiden Zinsplacate geweſen? Man möchte vielleicht im Voraus geneigt ſein anzunehmen,

---

5) Die Mittheilung der nachſtehenden, das Schwediſche Recht betreffenden Notizen, verdanke ich gleichfalls dem Herrn Prof. Dr. Nordſtröm.

daß das Römiſche Recht, deſſen allgemeine Verbreitung gerade in jene Zeit fällt, auch in Schweden Eingang gefunden habe. Allein hier hat daſſelbe, wenn auch doctrinell, ſo doch nie poſitiv auf die Entwickelung des Rechtes eingewirkt. Ja es unterſagte Carl XI. um die in Rede ſtehende Zeit, durch ein Mandat vom 5. October 1583 den Gerichten auf das Strengſte, fremde Geſetze zur Grundlage ihrer Entſcheidungen zu machen. Wohl aber hat das canoniſche Recht auf die älteren Geſetze Schwedens, in gewiſſen Gegenſtänden namentlich, großen Einfluß gehabt und dahin gehören auch die Geſetze über den Wucher. Die Grundſätze des canoniſchen Rechts, „usura est lucrifacere fructus rei pignoratae“ ferner „usurarius est, qui a debitore recipit aliquid ultra sortem“ und „fructus rei pignoratae computari debent in sortem“ hatten auch nach den älteren Geſetzen in Schweden volle Rechtskraft, und Klagen gegen Wucherer gehörten vor das forum des Biſchofs (statuta magni Erici filii 1344 de censatione usurarum et usurariorum, allgemeines Landrecht von 1442 VII. 27). Indeß ließ man dadurch ſich nicht abſchrecken Wucher zu treiben, und Geld auf Zinſen auszuthun, ja beim Getraidedarlehn das Doppelte zur Wiedererſtattung ſich auszubedingen. Die Geſetzgebung mußte endlich von der Regel, jede Zinſenberechnung ſei Wucher, abgehen. Durch eine königliche Verordnung vom 29ten December 1597 wurde es geſtattet, für dargeliehenes Getraide, bei der Zurückzahlung den vierten Theil des Geliehenen als Zins zu nehmen, und durch eine andere Verordnung

vom 25 Februar 1598 ward der Geldzinſenfuß, ohne Unterſchied ob die usurae conventionales oder a iudice definitae oder ex mora, zu 6 Procent feſtgeſeßt. Wucher war alſo nun, was drüber genommen wurde. Indeſſen dieſe Geſetze wurden auf allerlei Art umgangen und im täglichen Leben wenig beachtet. Beſonders ließen ſich wohlhabendere Perſonen derartige ungerechte Bedrückungen gegen die Aermeren zu Schulden kommen, was zu harten Klagen auf den Reichstagen Veranlaſſung gab. In Folge deſſen ward das Zinsplacat vom 14. November erlaſſen, das, wie oben erwähnt, die usurae conventionales auf 8, alle übrigen Zinſen auf 6 Procent feſtſetzt, beim Getreidedarlehn dagegen, die Hälfte des Capitals als Zinſen zu nehmen geſtattete; bis das zweite Zinsplacat von 1687 die usurae conventionales auf 6, die übrigen Zinſen auf 5 Procent beſchränkte und auch das Getraidedarlehn den gewöhnlichen Zinsbeſchränkungen unterwarf. Die Beſtimmungen dieſes letzgenannten Geſetzes ſind, beiläufig, in das noch gegenwärtig in Schweden und Finnland geltende, auf dem Reichstage von 1734—1736 von den Ständen angenommene Landrecht übergegangen; nur beſteht die jetzige Strafe des Wuchers im Verluſt des zehnten Theils des Capitals und aller Zinſ

2) Sowohl das Zinsplacat von 1666 als das von 1687 hebt bei Beſtimmung des Zinswuchers insbeſondere die Bedrückungen hervor, welche „Standes-Perſonen" gegen Nothleidende und Bedrängte ſich zu Schulden kommen laſſen. Man könnte ſich dadurch verſucht fühlen,

an das Zinsverbot des Römiſchen Rechts für personae illustres zu denken. Allein ſolche Zuſammenſtellung würde durchaus unrichtig ſein. Das Schwediſche Recht macht, wenn auch in Betreff des fori, ſo doch nie rückſichtlich materieller Rechtsbeſtimmungen einen Unterſchied zwiſchen Perſonen verſchiedener Stände. Im Gegentheil iſt Gleichheit aller vor dem Geſetze ein unveränderlich befolgter Grundſatz. Der Ausdruck „Standes-Perſonen“ hat vielmehr in den Schwediſchen Geſetzen eine eben ſo allgemeine Bedeutung als er im gewöhnlichen Leben allgemein angewendet wird. In dieſem Sinne gehören zu den „Standes-Perſonen“ alle, die nicht Bauern ſind, alſo: Edelleute, Prieſter, Kaufleute und andre Bürger, Beamte jeder Art, Gelehrte, Hüttenwerksbeſitzer, kurz alle, die, wenn man die Klaſſe der Bauern als die unterſte annimmt, den höheren Klaſſen beigezählt werden. Beide Zinsplacate wollen alſo nur ſagen: da ſelbſt die Aufgeklärteren von der Armuth der unterſten Klaſſe in der Art Nutzen ziehen, daß ſie einen unchriſtlichen Wucher mit ihnen treiben, ſo — ꝛc. Keineswegs alſo darf man, an die personae illustres des Römiſchen Rechts denkend, daraus folgern, das Geſetz finde keine Anwendung zwiſchen Bauer gegen Bauer, denn es war vielmehr für alle gleich bindend, der Wucherer mochte nun Standesperſon oder Bauer ſein.

3) Wenn ſowohl das Geſetz von 1668 als das von 1687 wiederholt und ausdrücklich zwiſchen „Intereſſen, worzu man ſich specifice verpflichtet hat“ und „Intereſſen welche nicht specifice benandt und verſchrieben

ſind“ unterſcheidet, ſo entſteht nothwendig die Frage, was zu den Zinſen der letzteren Art zu rechnen ſei? Eine ausdrückliche Antwort hierauf finden wir freilich in den Schwediſchen Geſetzen nicht. Sowohl die älteren wie die ſpäteren Geſetze begnügen ſich damit beide Arten der Zinſen einander gegenüber zu ſtellen, ohne näher anzugeben was zu den einen, was zu den andern zu zählen. Daß man die nähere Entſcheidung darüber dem Gerichtsgebrauch und Gewohnheitsrecht anheimgeſtellt, darauf dürften unter andern die Worte des Zinsplacates von 1666 hinweiſen „aber alle andere Intereſſen angehende, welche nicht specifice benandt oder verſchrieben, damit ſoll man ſich dergeſtalt verhalten, daß man ſie auf 6 Procent moderire, allermaaßen wie bisher wegen dergleichen Interessens determination bei Gerichten und Urtheilen gebräuchlich geweſen.“ Dies Verfahren aber erſcheint um ſo mehr erklärlich, da man alle nicht verſchriebene Zinſen, als Verzugszinſen betrachtete, die allerdings in den meiſten Fällen eine richterliche Entſcheidung über die Exiſtenz eines Verzuges, als einer culpoſen Verzögerung vorausſetzen. Keinesfalls darf man jedoch bei den in den Schwediſchen Geſetzen erwähnten „Intereſſen welche nicht specifice benandt oder verſchrieben ſind“ an die einzelnen Arten der ſ. g. usurae legales des Römiſchen Rechts denken. Dies erhellt eines Theils im Allgemeinen ſchon aus dem, was oben über das Verhältniß des Römiſchen zum Schwediſchen Recht bemerkt worden iſt. Andern Theils ergiebt es ſich auch deutlich aus der in der zweiten Hälfte des

17ten Jahrhunderts von Johannes Loccenius [6]) verfaßten Darſtellung des Schwediſchen Rechts, in welcher der usurae legales des Römiſchen Rechts mit keiner Sylbe gedacht wird, während von den Verzugszinſen, als einziger Art der Zinſen außer den usurae conventionales, ausführlich die Rede iſt.

II.

Nachdem im Vorſtehenden der Inhalt der beiden fraglichen Zinsplacate, ſo wie ihr gegenſeitiges Verhältniß zu einander entwickelt worden iſt, wenden wir uns zu dem zweiten Haupttheil unſerer Unterſuchung, nämlich zu der Erörterung der Frage, welche Bedeutnng haben jene Geſetze für das einheimiſche und zwar zunächſt Livländiſche Recht gehabt, und haben ſie noch jetzt?

Es iſt von Wichtigkeit, daß wir uns zunächſt den Zuſtand der Zinſenlehre in Livland vor Emanirung jener Zinsplacate klar zu machen verſuchen. Freilich ſind wir dabei nur auf wenige und vereinzelte Data verwieſen, doch läßt, cambiniren wir dieſelben gehörig, mit ihrer Hülfe ſich ein ziemlich deutliches Bild, und zwar mit mehr als bloßer Wahrſcheinlichkeit, entwerfen. Livland war bis zum Jahre 1561 eine Provinz des Deutſchen Reichs Es läßt ſich daher ſchon im Voraus erwarten, daß auch hier das allgemeine Zinsverbot des canoniſchen

---

Johannis Loccenii synopsis iuris publici et privati ad Leges suecanas accommodata, editio tertia. Gothoburgi 1673, dissertatio XI. quaestio 1.

Rechts gegolten habe. Dieſe Vermuthung wird zur Gewißheit erhoben durch eine Art Kirchenordnung [7]), die der Erzbiſchof von Riga, Hennig Scharffenberg, zwiſchen den Jahren 1424 bis 1488, nicht nur für das Erzſtift Riga, ſondern auch für ſeine ſämmtlichen Suffraganeen erlaſſen, in der ſich ein ausdrückliches Verbot, Zinſen von irgend jemand zu nehmen, unter Androhung des Verluſtes der kirchlichen Rechte, findet [8]): offenbar

---

7) Sie führt den Titel: „Statuta per provinciam Rigensem per dominum Archiepiscopum decreta“. In der aus dem geheimen Archive zu Königsberg entnommenen, auf der Dorpater Univerſitäts-Bibliothek befindlichen Abſchrift findet ſich, als nähere Bezeichnung des Inhaltes, folgende Nótiz über dieſes, in der That ſehr intereſſante Actenſtück „Kirchenordnung für Livland und ſämmtliche Suffraganeen des rigiſchen Erzbiſchofs Hennig, nebſt den Provincialſtatuten des Biſthums Ermeland von 12. Mai 1449“ — vgl. das Nähere darüber bei v. Bunge Beiträge zur Kunde der Liv-, Eſth- und Curländiſchen Rechtsquellen S. 62. Desgleichen Sonntag Aufſätze und Nachrichten für proteſtantiſche Prediger im Ruſſiſchen Reich. Bd. I. Abhandlung 1. Riga 1811. 8.

8) Da das in Rede ſtehende Statut bisher noch ungedruckt iſt, ſo erlaube ich mir wenigſtens den unſere Lehre betreffenden Titel hier mitzutheilen, woraus am beſten das Verhältniß in welchem die ganze Arbeit zu den Decretalen Gregors IX. ſteht, erhellen wird. Es heißt im Tit. 38 de usuris. — Ordinarius loci compellet creditores usurarios per censuram ecclesiasticam, ut a debitoribus usuram non exigant, et quod illicita iuramenta a debitoribus eis super usuram solvenda praestita relaxent, pignus integraliter restitui debent debitori, quando creditor vel ab eo causam habens tantum de fructu pignoris perceperit, quod deductis expensis satisfactum sit sorti principali ut sub pena dampnationis eterne aliquid ultra exigere debent et quod per ordinarium loci ad id per ecclesiasticam censuram compellantur. — Usurarii manifesti de

geſchöpft aus den Decretalen Gregors IX., die überhaupt die Hauptquelle des erwähnten Provincial-Statutes ſind. Ließe ſich, bei ſo unzweideutig redendem Zeugniß, überhaupt die Reception der canoniſchen Zinsverbote in Livland noch bezweifeln, ſo könnte auch hingewieſen werden, theils auf eben ſo beſtimmte darauf hindeutende Aeußerungen in dem im Jahre 1643 von Engelbrecht von Mengden verfaßten Entwurf des Livländiſchen Landrechts, worin es

---

Usura convicti vel palam confessi vel pro usurariis publici proclamati aut hij de quibus per evidenciam facti constat, sunt excommunicandi quolibet anno singulis dominicis diebus immediate quatuor tempora sequentibus et eciam in adventu domini et quadragesima infra missarum sollemnia per singulas ecclesias parrochiales nominatim eos exprimendo, oblaciones eorum non, recipiantur nec ad communionem nec sepulturam ecclesiasticam admittantur nisi in vita de usuris satisfecerint vel caucionem de satisfaciendo prestiterint. Sepelientes tales sunt excommunicati ipso facto heredes quod (quoque?) eorum quantum ad eos de pecunia fenebri huiusmodi restituere per censuram ecclesiasticam compellantur. Rectores parrochialium ecclesiarum negligentes in premissis vel oblaciones recipientes ab eis donec receptas restituerint et pro commissa negligencia satisfecerint a sui officii execucione suspendantur. Occulti usurarii pro absolucione ad Episcopum loci remittantur nec ab illo absolvantur nisi infra terminum assignandum usuras restituerint vel satisfacere premiserint iuxta posse. — Mutuare sex marcas et pro eis recipere annuatim sex marcas minus vel maius cum pacto de sorte int ' ı repetenda usuram declaramus — Mutuantes frumentum sub determinata (decreta) mensura videlicet cum medio in superficie planifacto cum bacule, et solutionis tempore repetentes modium cumulatum vel alio modo cum augmento usura declaratur. — Dicentes exercere usuras non esse peccatum, suspecti sunt de heresi. Et ideo per locum ordinarios tamquam contra suspectos de haeresi procedatur.

unter anderm heißt, daß „Chriſtenliebe und Vorſchrift göttlicher Geſetze es eigentlich jeder Mann zur Pflicht mache, daß er mit der Uebermaaße, die ihm der Allmächtige beſcheeret, ſeinen Nächſten ſo ers bedarf, ohne einige Uſuren, Vortheyl und Gewinnſt aus hülfe“ — Aeußerungen die durchaus im Sinne des canoniſchen Rechts ſind —: theils auf das frühzeitige Vorkommen des Rentenkaufs in Livland, deſſen man wahrſcheinlich auch hier zur Umgehung der Zinsverbote ſich bediente. So lange nun Livland Theil des deutſchen Reichs war, hatten daſelbſt natürlich auch die, während dieſer Zeit erlaſſenen deutſchen Reichsgeſetze über Wucher und Zinſen, volle verbindliche Kraft. [9]) Dahin gehören in Betreff des Wuchers der Reichsabſchied von 1500 Tit. 32, die Reichspolizeiordnung von 1530 Tit. 26 § 1—8, der Reichsabſchied von 1532 Tit. 8 und die Reichspolizeiordnung von 1548 Tit. 17 § 1—8; denen zufolge nicht nur jeder wucherliche Contract für unverbindlich und nichtig erklärt, ſondern auch „zu deme derjenig, ſo ſolchen wucherlichen Contract geübt, den vierten Theil ſeiner Hauptſummen verlohren, und derſelbig ſeiner bürgerlichen Obrigkeit, an etlichen Orten Erbgericht genannt, heimgefallen und auf ſolchen vierten Theil durch dieſelbig bürgerliche Obrigkeit geſtraft“ werden ſoll. [10]) Daß dieſe, beſon-

9) Vgl. v. Bunge „über die Anwendbarkeit der deutſchen Reichsgeſetze in den Oſtſeeprovinzen“ in dieſen Erörterungen Bd. I. Heft. 3 Abhdlg. XII.

10) Gerſtlacher Handbuch der deutſchen Reichsgeſetze Thl. X. S. 2119 ff.

ders in den Reichspolizeiordnungen von 1540 und 1548 enthaltenen Beſtimmungen namentlich auch für Livland geſetzliche Norm geworden, kann um ſo weniger in Zweifel gezogen werden, da gerade auf den beiden Reichstagen von 1530 und 1548 die verſchiedenen Landesherrn in den deutſchen Oſtſeeprovinzen — der Meiſter des deutſchen Ordens in Livland, der Erzbiſchof von Riga, die Biſchöfe von Dorpat, Oeſel, Curland und Reval — als deutſche Reichsfürſten, theils perſönlich, theils durch Bothſchafter repräſentirt, zugegen waren. Aus demſelben Grunde muß die Vorſchrift der beiden Polizeiordnungen von 1530 und 1548, daß beim Rentenkauf niemand mehr als 5 Procent ſich ſtipuliren dürfe, auch auf Livland bezogen werden. Ob es in Livland, zur Zeit ſeiner Trennung vom deutſchen Reiche, dem Gläubiger bereits geſtattet geweſen, an Stelle des Erſatzes des, ihm durch die verzögerte Zahlung ſeines Schuldners entſtandenen, jedoch nicht erſt umſtändlich zu erweiſenden Schadens ohne Weiteres 5 Procent als Interesse morae einzuklagen, läßt mit Beſtimmtheit ſich nicht ermitteln. Geſetzlich iſt freilich dieſe Berechnung den Gläubigern erſt durch den Deputationsabſchied von 1600 (alſo **nach** der Trennung Livlands von Deutſchland) zugeſtanden worden[12]: allein da ſchon in früheren Kammergerichtsurtheilen aus den Jahren 1532, 1539 und 1541 ſich

11) v. Bunge a. a. O. S. 298. Note 18.
12) Gerſtlacher a. a. O. Th. X. Buch II. § 87 S. 2132.

Spuren der in Rede ſtehenden Vergünſtigung finden,[13]) ſo wäre es nicht unmöglich, daß ein ähnlicher Gerichtsgebrauch ſich auch in Livland, nach dem Vorgange jenes höchſten Reichsgerichts, gebildet. Was aber die vertragsmäßig ſtipulirten Zinſen betrifft, ſo dürften dieſe zur damaligen Zeit in Livland noch nicht ſtatthaft geweſen ſein. Nicht nur iſt vor dem Jahre 1570 vom Reichskammergericht nie auf usurae conventionales erkannt worden,[14]) ſondern es gehörte ſelbſt noch um das Jahr 1577 zu den beſonderen Bedenken des Reichskammergerichts,[15]) ob es überhaupt ſtatthaft ſei usurae ex stipulatu zu adjudiciren, da dem das allgemeine damals noch geltende Zinsverbot des canoniſchen Rechts entgegenſtand. Wenn nun gleich gegen das Ende des 16ten Jahrhunderts die Römiſche Zinſenlehre in Deutſchland immer mehr und mehr Eingang gewann,[16]) zunächſt in Proteſtantiſchen Ländern, bei ſinkendem Anſehn des canoniſchen Rechts, ſo fällt dieſe Umwandlung der Rechtsanſicht doch in die Periode bereits erfolgter Tennung Livlands von Deutſchland, ſo daß ein Uebergang der Römiſchen Zinſentheorie in das Livländiſche Recht von

---

13) Gerſtlacher a. a. O. § 86 S. 2128.

14) Gerſtlacher ebendaſ. S. 2128.

15) Dies erhellt aus einem Schreiben des Cammerrichters weiland Marquard, Biſchofen zu Speyer, zwiſchen den Jahren 1569 und 1577. Gerſtlacher a. a. O. S. 2131.

16) Eichhorn Einleitung in das deutſche Privatrecht. 4te Ausg. Th. 2. B. 2 § 108 und deſſelben deutſche Rechtsgeſchichte 4te Ausg. Th. IV. § 573.

dieſer Seite her durchaus nicht nachgewieſen werden kann. Eben ſo wenig aber aus der Periode der Polniſchen Herrſchaft über Livland. Vielmehr dürfte ein zwar indirectes, jedoch deshalb nicht minder gewichtsvolles Zeugniß gegen die etwa behauptete Reception der Römiſchen Zinſenlehre, der am Ende des 16ten Jahrhunderts von David v. Hilchen verfaßten Landrechtsentwurf für Livland, darbieten. Während nämlich in der Mehrzahl der in demſelben behandelten Lehren ein unverkennbarer Einfluß des Römiſchen Rechts hervortritt, [17]) findet ſich nicht die leiſeſte Spur der Römiſchen Zinstheorie. Dagegen ſcheint nach der im Jahre 1621 erfolgten Eroberung Livland's durch Schweden, ſehr bald das Schwediſche Zinsrecht Eingang gewonnen zu haben. Dafür ſpricht der um das Jahr 1643, alsſo 22 Jahre ſpäter, verfaßte Engelbrecht von Mengdenſche Landrechtsentwurf, der allgemein den Gläubigern 8 Procent zu nehmen geſtattet. Beim erſten Anblick könnte freilich die Herleitung dieſer Beſtimmung aus dem Schwediſchen Recht willkührlich erſcheinen, indeß verliert ſich dieſes Bedenken, erwägen wir etwas genauer das Verhältniß jener Beſtimmung zum Schwediſchen Recht. Hier hatte das Geſetz von 1592 den Zinsfuß auf 6 Procent angeordnet, das Zinsplacat von 1666 usurae conventionales, auf 8 Procent erhöht. Jeden Falls alſo iſt in dem

17) Vgl. hierüber v. Helmerſen Abhandlungen aus dem Gebiete des Livländiſchen Adelsrechts. Zweite Lieferung. S. 6. Note 4.

Schwediſchen Recht zwiſchen den Jahren 1592 und 1666 eine Umwandlung in der Rechtsanſicht über die Höhe erlaubten Zinsmaaßes vor ſich gegangen und zwar, da wir ein Geſetz dafür nicht aufzuweiſen vermögen, wahrſcheinlich durch Gewohnheit. Wenn nun der Engelbrecht von Mengdenſche Entwurf, deſſen Abfaſſung gerade in jene Zwiſchenzeit von 1592 und 1666 fällt, die 8 Procent als erlaubten Zinsfuß aufgenommen hat, ſo liegt wohl die Vermuthung ſehr nahe, daß hier das Schwediſche Recht eingewirkt habe. Eine intereſſante Abweichung aber unſeres in Rede ſtehenden Entwurfes von dem ſpätern Zinsplacat von 1696 zeigt ſich darin, daß während dieſes letztere im Uebertretungsfalle die Stipulation über den Betrag von 8 Procent bloß für nichtig und unwirkſam erklärt und nur Abrechnung des Mehrgenommenen von dem Kapital verordnet: der Engelbrecht von Mengdenſche Entwurf in ſolchem Falle den Gläubiger ſelbſt der erlaubten Zinſen verluſtig erklärt und ſogar dem fiscus geſtattet, das gegen ſolches Verbot dem Creditor Gezahlte abzufordern und ad pios usus zu verwenden.[18]) — Daß nun die beiden Zins-

18) Engelbrecht v. Mengden Landrecht des Fürſtenthum Livlands. Buch II. Cap. 23. § 12. „Darum ſo ordnen und wollen Wir ſolche Zinsrechnung auf 8 von 100 hinführo regulariter gemäßigt und nachgelaſſen haben, und ſo ferne ſich darüber jemand nnterſtände etwas mehr zu nehmen, ſo ſoll er auch der zugelaſſenen Intereſſe vom ganzen Jahr, ſo oft er ein übriges genommen dadurch verluſtig werden, die der Debitor auf allen Fall, wann die Intereſſe ſchon erleget, vom Hauptſtuhl ab-

placate von 1666 und 1687 auch für Livland geltendes Recht geworden, und, ſoweit nicht das erſtere derſelben durch das ſpätere abgeändert worden, noch gegenwärtig ſind, erweiſt nicht nur ihre Aufnahme in die Livländiſchen Landesordnungen, ſondern wird auch durchgängig von ſpäteren Landrechtsentwürfen, z. B. dem Budberg-Schraderſchen und in den Schriften älterer wie neuerer Practiker ausdrücklich anerkannt. [19]).

Wenn nun oben ſchon für das Schwediſche Recht die Frage aufgeworfen werden mußte, was für Zinſen nach den beiden Zinsplacaten, außer den ausdrücklich ſtipulirten in Anſpruch genommen werden können? ſo wiederholt ſich hier dieſelbe und mit verdoppeltem Gewicht. Es handelt ſich um die Entſcheidung darüber, ob die usurae legales des Römiſchen Rechts gegenwärtig in Livland als geltend betrachtet werden dürfen? Um die beſondere Wichtigkeit dieſer Frage hervorzuheben, wird es nicht unangemeſſen ſein hier kurz die Fälle, in denen das Römiſche Recht auch ohne voraufgegangene Zinsſtipulation Zinſen zu fordern geſtattet, namhaft zu machen. Es ſoll nämlich 1) abgeſehen von den Verzugs-

---

zukürtzen, darwider dem Creditorn keine renunciatio ſchützen ſoll, und da ſolches der Creditor (?) dem Debitori nachlaſſen wollte, ſo ſoll es die Herrſchaft abzufordern und ad pios usus zu wenden befugt ſeyn.

19) Budberg-Schrader „des Herzogthum Lieflands Ritter- und Landrecht" Buch IV. Titel XV. § 2. Janckiewitz speculum iuris Livonici s. v. Interessen. Nielſen die Prozeßform in Liefland. 2te Aufl. 1825 § 876.

zinſen. 2) derjenige deſſen Geld von andern verwaltet wird, von dem Verwalter Zinſen fordern können, wenn dieſer das fremde Geld ſei es ganz unbenutzt liegen gelaſſen oder es zum eigenen Vortheil verwendet. So vom Mandatar, dem negotiorum gestor, dem Vormund und Verwalter öffentlicher Gelder. [20]) 3) Wer eigenes Geld bei der Verwaltung fremder Angelegenheiten aufwendet, kann verlangen, daß ihm ſeine Auslagen mit Zinſen erſtattet werden. [21]) 4) Wer die Entrichtung einer dos verſprochen, muß, wenn er ſie nicht eingezahlt und zwei Jahre nach Eingehung der Ehe bereits verſtrichen ſind, Zinſen zahlen, auch ohne daß ihn im Uebrigen der Vorwurf einer mora trifft. [22]) 5) Der Käufer einer Sache muß, wenn kein Zahlungstermin feſtgeſetzt worden, das nicht gezahlte Kaufgeld von dem Tage an verzinſen, da er ſelbſt in den Beſitz der gekauften Sache geſetzt worden. [23]) 6) Reſtituirt der Mann bei Auflöſung der

---

20) L. 12 § 10 D. mandati (17, 1). L. 19 § 4 D. de negotiis gestis (3, 5). L. 31 § 3 D. eod. L. 7 § 3 et 11 D. L. 15 D. de administratione tutorum (26, 7). L. 9 pr. D. de administratione rerum ad civit. pertinent (50, 8). L. 17 § 7 D. de usuris.

21) L. 12 § 9 mandati (17, 1). L. 19 § 4 D. de negotiis gestis (3, 5). L. 18 C. eod. (2, 19). L. 3 § 1 D. de contraria tutelae act (27, 4). L. 67 § 2 D. pro socio (17, 2).

22) L. 31 § 2 C. de iure dot. (5, 12). Gegen die Anſicht daß die hierin angeordneten Zinſen Verzugszinſen, vgl. meine Lehre von der Mora. § 31 S. 196 ff.

23) L. 18 § 1. D. de usuris (22, 1). L. 13 § 20 D. de act. emti (19, 1). L. 5 D. eod. L. 2 C. de usuris (4, 49). Pauli sent. rec. II. 17 § 19. Auch dieſe Zinſen hat man nicht ſelten

Ehe innerhalb eines Jahres die Dotalſachen nicht, ſo muß er von Ablauf des Jahres an die Kapitalien, auch ohne durch Mahnung in Verzug verſetzt zu ſein, verzinſen.[24] 7) Minderjährige können jeder Zeit von ihren Schuldnern, wenn dieſe nicht rechtzeitig Zahlung leiſten, Zinſen in Anſpruch nehmen, auch ohne daß eine Mora concurrirt.[25] 8) Der Fiscus kann auch ohne daß er ſich Zinſen ausbedungen, von ſeinen Schuldnern Zinſen fordern.[26] 9) Wer rechtskräftig zur Zahlung einer Summe verurtheilt worden iſt, muß von dem Ablaufe der Friſt an, die ihm zur Anſchaffung der Zahlungsſumme bewilligt worden iſt, Zinſen zahlen.[27]

Man könnte nun zu Gunſten dieſer Zinſen ſo argumentiren. Da das Römiſche Recht in Livland als ein ſubſidäres recipirt worden, ſo ſteht dem nichts entgegen, daß jemand, wenn auch nicht nach einheimiſch provinciellen, ſo doch auf Grundlage des Römiſchen Rechts in den bezeichneten Fällen Zinſen in Anſpruch nehme. Er müßte dazu vollkommen berechtigt erachtet werden, da das Römiſche Recht neben dem einheimiſch provinciellen

---

irrig als *Verzugszinſen* betrachtet, vgl. *meine* Lehre von der Mora § 30 S. 191 ff.

24) Lun. § 7 C. de rei uxoriae actione (5, 13).

25) L. 87 § 1 D. de leg. II. L. 3 C. in quibus causis in integr. rest. (2, 41). L. 5 C. de actionibus emti (4, 49), vgl. *meine* Lehre von der Mora § 26.

26) L. 17 § 5 et 6. L. 43 D. de usuris. Nicht ſelten werden auch dieſe Zinſen unrichtig als Verzugszinſen betrachtet, vgl. *meine* Mora § 26 S. 160 ff.

27) L. 2 et 3 C. de usuris rei indicatae (7, 54).

überall zur Anwendung kommt, wo das letztere entweder gar keine oder doch keine widerſprechenden Beſtimmungen aufweiſen kann.

Ich halte indeß dieſe Anſicht, wiewohl ſie in unſern Oſtſeeprovinzen ſehr verbreitet zu ſein ſcheint, für durchaus unrichtig. Meine Gründe ſind dieſe:

1) Es iſt das Römiſche Recht, wie überhaupt nirgends, ſo auch bei uns nicht in folle recipirt worden: man müßte ja ſonſt annehmen, daß z. B. das Recht ſeine neugeborenen Kinder im Falle der Noth zu verkaufen,[28]) dem Vater noch gegenwärtig zuſtehe, da weder ein ausdrückliches Verbot noch eine ſonſt entgegenſtehende Beſtimmung ſich in unſerm Provinzialrecht findet. Vielmehr muß jeder Zeit wie im Allgemeinen, ſo im Einzelnen die wirklich erfolgte Reception der Römiſchen Rechtsſätze, deren Anwendbarkeit man behauptet, dargethan werden. Beſonders unerläßlich dürfte dies in ſolchen Fällen ſein, wo auf Grundlage des recipirten Rechtes Vergünſtigungen in Anſpruch genommen werden, die mehr oder weniger den Character eines beneficium iuris tragen.

Nun aber iſt oben [29]) gezeigt worden, daß die Römiſche Zinstheorie in Livland weder zu der Zeit, da es noch Theil des Deutſchen Reiches geweſen, noch auch ſpäter, da daſſelbe unter Polniſcher und dann unter Schwediſcher Herrſchaft geſtanden, Eingang gefunden,

---

28) L. 2 C. de patribus qui filios suos distr. (4, 43). Pauli sent. rec. V. 1. § 1.

29) Vgl. oben S. 406–414.

daß vielmehr die Schwediſche Zinsgeſetzgebung, der die usurae legales des Römiſchen Rechts ebenfalls fremd ſind, allgemein ſich auch in Livland verbreitet. Wer alſo die Anwendbarkeit der Römiſchen usurae legales für Livland behauptet, mußte vor allen Dingen den Beweis führen, daß dieſelben in unſre Praxis übergegangen. Daß dieſes nun aber nicht geſchehen, ergiebt ſich deutlich, wenn wir:

2) die älteren Entwürfe und Darſtellungen des Livländiſchen Landrechts zu Rathe ziehen. Was zuvörderſt den Engelbrecht v. Mengdenſchen Entwurf betrifft, ſo iſt ſchon oben erwähnt worden, daß in demſelben das Maaß der Zinſen auf 8 Procent angeordnet worden, und zwar unter ſichtbarem Einfluſſe des Schwediſchen Rechts [30]). Aus der ganzen Faſſung des betreffenden Paragraphen erhellt, daß darin nur von usurae conventionales die Rede ſei. Im Uebrigen werden in dem genannten Entwurf nur noch Verzugszinſen, als interesse morae entfernt erwähnt. Es heißt nämlich a. a. O.:

> Bd. II. Cap. 22. § 11 — Wenn es ſich aber zutrüge (wie es oft geſchieht), daß der mutuator oder Schuldner auf geſchehene Anforderung oder auf angeſetzten Termin und Ziel nicht Bezahlung thäte: ſo ſoll er die Schuld mit ſammt Intereſſe, Schaden und Unkoſten, ob einiger darauf ginge, es ſey verſchrieben oder nicht, zu bezahlen ſchuldig

30) Vgl. Note 18.

ſein; jedoch des Richters Moderation und Mäßigung hierinnen vorbehalten.

Von den übrigen Fällen der usurae legales iſt in dem genannten Entwurfe mit keiner Silbe die Rede. Eben ſo wenig in dem um das Jahr 1737 verfaßten Budberg-Schraderſchen Entwurf eines Landrechts für Livland, wiewohl die Zinſenlehre darin mit ungleich größerer Ausführlichkeit behandelt wird. Es iſt derſelben ein beſonderer Titel von 15 Paragraphen gewidmet [31]. Zunächſt wird (§ 1—3) und zwar unter ausdrücklicher Berufung auf die beiden Schwediſchen Ziasplacate, das maximum der usurae conventionales, auf 6 Procent feſtgeſtellt, mit Wiederholung der in dem zweiten Zinsplacat angeordneten Strafe der Uebertretung, nämlich Verluſt des ganzen Capitals, deſſen eine Hälfte dem Angeber zuerkannt, die andere Hälfte aber ad pios usus verwendet werden ſoll. Die Paragraphen 4—9 handeln von verſteckten wucheriſchen Geſchäften, ebenfalls mit Beziehung auf die betreffenden Anordnungen der Schwediſchen Zinsplacate, § 9—11 von den Verzugszinſen, deren Maaß auf 5 Procent geſtellt wird, § 11 von usurae usurarum, § 12 vom Stillſtand des Zinſenlaufes, während einer mora accipiendi Seitens des Gläubigers, § 13 von der Ermäßigung der usurae conventionales während eines Krieges, auf 3 Procent [32], § 14 von usurae ultra al-

31) Budberg-Schrader, des Herzogthums Liefland Ritter- und Landrecht. Buch IV. Tit. 15.

32) Dieſe Beſtimmung wird gegründet auf ein Hofgerichts-

terum tantum und § 15 von der Stellung der Zinſen im Concurſe, ſo wie in dem Falle, da jemand bonis cedirt hat; und zwar ſollen hier die Zinſen erſt nach Bezahlung ſämmtlicher Capitalſchulden in Betracht gezogen werden. Daß bei dieſer ſo ausführlichen Darſtellung der Zinſenlehre der usurae legales gar nicht gedacht wird, ſpricht gewiß nicht wenig für die Richtigkeit der von mir aufgeſtellten Behauptung. Janckiewitz kennt in ſeinem speculum oder promptuarum iuris Livonici, verfaßt um 1782 [33]), außer den usurae conventionales ebenfalls nur Verzugszinſen. Eben ſo Nielſen [34]) in ſeiner Darſtellung des Livländiſchen Prozeſſes. Ja es ſagt dieſer letztere ausdrücklich „eben ſo werden von Rechnungs- und dem ähnliche Forderungen keine Renten be-

urtheil von 1664. Intereſſant iſt, daß nach einem Landtagsbeſchluß vom 26. März 1716 in Eſthland, tempori belli, ebenfalls nur 3 Procent genommen werden ſollen, wenn man kein handhabendes Pfand gehabt. Gleichwohl hat das Oberlandgericht anno 1717 den 30. März geſprochen, daß auch in dieſem casu da Gold- und Silberpfand gegeben worden, und ſechs Procent verſchrieben geweſen, nur drei Procent beſtanden wird; dagegen iſt eodem anno den 2. April das contrarium geſprochen, und in der Kurſell-Nierothſchen Sache erſterem, tempori belli, weil er die verſchriebene Hypothek Kukofer wirklich beſeſſen und in Händen gehabt, die verſchriebenen 6 Procent adjudicirt. Vgl. Rieſenkampfs Marginalien zum IV. Buch. Tit. 2. Art. 1 des Eſthländiſchen Ritter- und Landrechts. — Nach einem früheren Landtagsbeſchluß zu Reval 1587, und einer Reſolution König Guſtav Adolphs 1629 den 5. Mai ſollten „tempore belli, und da die Debitoren ihre Güter gar nicht beſeſſen, gar keine Intereſſen gefordert werden“. Rieſenkampfs Marginalien a. a. O. zu B. IV. Tit. 3. Art. 2.

33) Vgl. oben Note 19.

34) Vgl. Note 19.

zahlt, als nur von dem Tage ab, der durch eigene Feſtſetzung des Schuldners, oder durch ein rechtskräftiges gerichtliches Urtheil zum Zahlungstage beſtimmt worden. In einem ſolchen Falle kann aber der Gläubiger nur Weilrenten fordern, und ſo iſt auch mehrmalen bei hieſigen Behörden und auch vom Kaiſeerlichen Hofgerichte erkannt worden.“ Von beſonderem Intereſſe iſt dieſe Aeußerung deshalb, da aus ihr hervorgeht, daß man das Recht des Verkäufers, vom Tage der Tradition der verkauften Sache an, Verzinſung des noch nicht gezahlten Kaufgeldes von dem Käufer zu fordern, in Livland, wenigſtens in der Praxis, nicht anerkenne.

Faſſen wir das Bisherige zuſammen, ſo dürfte ſich daraus ergeben, daß die usurae legales des Römiſchen Rechts in Livland zu keiner Zeit recipirt worden ſind, und demnach nicht als geltendes Recht betrachtet werden können [35]). Vielmehr dürfen, außer den usurae conventionales nur Verzugs- oder Weilrenten in Anſpruch genommen werden, zu welchen letzteren auch die usurae rei iudicatae gehören und zwar gewöhnliche usurae morae vom Tage der gerichtlichen oder außergerichtlichen Mahnung, wenn nicht im Voraus ein beſtimmter Zahlungstermin feſtgeſetzt und dieſer nicht gehalten worden, usurae

35) Demnach dürfte es nicht ganz richtig ſein, wenn v. Bunge in ſeinem Liv- und Eſthländiſchen Privatrecht § 190 lehrt: „das Provincialrecht unterſcheidet vertragsmäßige und nichtvertragsmäßige (geſetzliche) Zinſen, unter welchen letzteren vorzüglich die Verzugszinſen vorkommen“ — vielmehr kennt das Provincialrecht keine andere geſetzliche Zinſen, als Verzngszinſen.

rei indicatae, vom Ablaufe des Tages an, der in dem richterlichen Zahlungsurtheil angeordnet worden.

III.

Aehnlichen Einfluß, wie in Livland, haben die beiden Schwediſchen Zinsplacate in Eſthland gehabt. Daß ſie auch hier recipirt worden, leidet nach dem was weiterhin darüber mitgetheilt werden wird, keinen Zweifel. Zuvörderſt iſt hier darauf aufmerkſam zu machen, daß dadurch einige Beſtimmungen des Eſthländiſchen Ritter- udd Landrechts außer Kraft geſetzt worden ſind. Das letztere nämlich ordnet B. IV. Tab. 3. Art. 4 als Strafe des Zinswuchers den Verluſt des vierten Theils des Capitals an das Königliche Landgericht an, eine Beſtimmung, die offenbar aus der Reichspolizeiordnung von 1530 entlehnt iſt[36]), alſo aus einer Zeit ſich herſchreibt, da Eſthland noch, wie Livland, zum Deutſchen Reich gehörte. Daß nun die Verordnung des Zinsplacates von 1687, dem zufolge der Gläubiger im Fall des Wuchers das ganze Capital, und zwar deſſen eine Hälfte an den Angeber, die andere an milde Stiftungen verlieren ſoll, vorgehe, bedarf kaum einer weiteren Ausführung.

In Betreff der usurae legales habe ich ſchon in einer früheren Abhandlung meine Ueberzeugung dahin ausgeſprochen, daß auch in Eſthland usurae legales, wie das Römiſche Recht ſie feſtſetzt, nicht gefordert werden

---

36) Gerſtlacher Handbuch der Deutſchen Reichsgeſetze. Bd. X. S. 2125. Not. *. Vgl. die oben im Text zu Note 10 angeführten Worte der Reichspolizeiordnung von 1530.

dürfen [37]). Damals rechtfertigte ich dieſe Behauptung, gegen deren Richtigkeit mir von einem befreundeten angeſehenen und gelehrten Juriſten Eſthlands brieflich Zweifel ausgeſprochen worden ſind, lediglich aus dem allgemeinen Verhältniß des Römiſchen als eines recipirten fremden Rechtes, zu dem Eſthländiſchen Ritter- und Landrecht. Gegenwärtig nun glaube ich dieſe meine Anſicht zum Theil aus dem, was oben über die allmälige Entwickelung der Zinſenlehre in Livland bemerkt worden iſt, noch feſter begründen zu können.

Bis zum Jahre 1561 war auch Eſthland Theil des Deutſchen Reiches, unzweifelhaft alſo der Zuſtand der Zinſenlehre in jener Zeit derſelbe, wie in Livland. Eſthland ging ſogleich bei ſeiner Trennung von Deutſchland an Schweden über. Der größere Einfluß den daher das Schwediſche Recht in Eſthland gewonnen [38]), läßt nun ſchon im Voraus erwarten, daß auch die Beſtimmungen dieſes Rechts über Zinsverhältniſſe ſehr bald Eingang gefunden. Denn es liegt in der Natur dieſer Lehre, die einen halb polizeilichen Character trägt, daß die Obrigkeit, die ungerechte Beſchränkungen ihrer Unterthanen zu verhindern ſich berechtigt, ja verpflichtet fühlt, nach einem von der Staatsgewalt feſtgeſtellten Maaßſtab ſich umſieht, gleichſam nach einem Gränzpunkt, der, wenn er

37) Vgl. *meine* Abhandlung über „das Römiſche Recht in dem Eſthländiſchen Ritter-Landrecht“ in dieſen Erörterungen Bd. 1. Heft 3. S. 283.

38) Vgl. v. *Bunge*: Wie kann dee Rechtszuſtand Liv-, Eſth- und Curlands am zweckmäßigſten geſtaltet werden? S. 12.

von den Unterthanen überſchritten wird, ihr Eingreifen rechtfertigt. Wenn nun in Deutſchland zu der Zeit, als Eſthland von ihm ſich trennte, Conventionalzinſen noch nicht geſtattet waren, ſo muß es gewiß auffallend erſcheinen, wenn wir kurze Zeit darauf in Eſthland nicht nur Conventionalzinſen völlig erlaubt, ſondern auch das Maaß derſelben durch einen von der Eſthländiſchen Ritterſchaft im Jahr 1595 erlaſſenen Landtagsabſchied auf 6 Procent feſtgeſetzt finden [39]. Unwillkührlich drängt hier ſich die Vermuthung eines Einfluſſes des Schwediſchen Rechts auf, zumal kurze Zeit darauf auch in Schweden durch ein allgemeines Reichsgeſetz vom 5. Februar 1598 der Geldzinsfuß auf 6 Procent angeordnet worden. Wahrſcheinlich erhob man zum Geſetz, was bisher als Gewohnheit in den verſchiedenen Provinzen des Reiches bereits beſtanden. Daß nun neben der Schwediſchen auch die Römiſche Zinſenlehre in Eſthland ſich eingebürgert, erſcheint, wenigſtens für die frühere Zeit, durchaus unwahrſcheinlich. Ein nicht unwichtiges Zeugniß dagegen giebt das um 1650 verfaßte Eſthländiſche Ritter und Landrecht. Hierin finden wir ausdrück-

39) In den noch ungedruckten Collectaneen des Ritterſchaftsſerretärs Moritz Brandis (vgl. hierüber v. Bunge's Beiträge zur Kunde der Liv-, Eſth- und Curländiſchen Rechtsquellen § 16) heißt es: „Wer gelde außleihet auff Rente, ſoll von Jeder hundert nur ſechs zur Rente nehmen, empfehet er mehr als dieſe gewönliche Rente, ſo ſoll er das vbrige dem Schuldner zu widerſtatten undt zu bezahlen ſchuldig ſeyn", und als Beleg dafür wird angeführt, Woſelcher Abſcheid anno 1595. Eben ſo führt das Ritterrecht Buch IV. Tit. 3. Art. 1 den Zinsfuß von 6 Procent auf denſelben Woſelſchen Abſcheid Anno 1595. Art. 7. zurück.

lich anerkannt, daß Zinſen nicht gefordert werden ſollen [40]), es ſei denn daß ſie vertragsmäßig zugeſichert worden, oder Verzugszinſen ſeien. Keine Spur dagegen von usurae legales des Römiſchen Rechts. Mein oben erwähnter gelehrter Freund bemerkt: „der ganze Titel 3. B. IV des Eſthländiſchen Ritter und Landrechts handelt augenſcheinlich nur von wucherlichen und unziehmlichen Darlehnscontracten und Verſchreibungen, es kann daher wohl kaum die Abſicht der Geſetzgebung geweſen ſein, die Entſtehung von Zinsforderungen aus andern Rechtsverhältniſſen nach den Geſetzen auszuſchließen.“ Ich gebe das zu. Ja es hätte das Gewicht dieſes Einwandes zum Theil verſtärkt werden können durch die Hinweiſung darauf, daß ſchon aus der Stellung des Titels unmittelbar nach der Lehre vom mutuum hervorgehe, daß hier nicht von den Zinſen überhaupt, ſondern nur den beim Darlehn vorkommenden habe gehandelt werden ſollen. Allein im Ganzen ändert das die Sache nicht. Da nämlich das Eſthländiſche Ritterrecht von Zinſen an verſchiedenen Orten geredet, muß es jedenfalls ſehr auffallend erſcheinen, daß nirgends, auch nicht mit einer Sylbe, die doch gewiß practiſch wichtigen usurae legales vorkommen, wiewohl es an Gelegenheit zu deren

40) Vgl. Eſthländiſches Ritter- und Landrecht. B. IV. Tit. 3. Art. 2. „Es mögen aber keine Renten gefordert werden, es ſei denn entweder 1) daß dieſelben ausdrücklich verſchrieben ſeyn, oder 2) daß ein gewiſſer Tag zur Zahlung in der Verſchreibung benennt wäre, oder 3) daß der Debitor auf beſchehenes Mahnen mit der Bezahlung ſäumig bliebe.“

Erwähnung, z. B. bei der Lehre von Kauf, der Societät u. ſ. f. nicht gefehlt, ja deren Erwähnung recht eigentlich nothwendig geweſen wäre; wie denn auch die ſpätere Vormünderordnung von 1724 den Vormund ausdrücklich zur Verzinſung der zu eigenem Vortheil verwendeten, oder widerrechtlich unbenutzt liegen gelaſſenen Pupillengelder verpflichiet [41]).

Ein anderes ſcheinbares Bedenken gegen meine obige Behauptung, daß in dem Eſthländiſchen Ritterrecht ein Einfluß der Römiſchen Zinſenlehre ſich nicht nachweiſen laſſe, könnte entlehnt werden aus einem Citate, das wir zum Art. 1. des Titels 3. B. IV finden. Es heißt hier: „Wer Geld ausgelehnet, der ſoll von jedem Hundert mehr nicht als Sechs zur Rente nehmen; was er darüber nimmt, das iſt Wucher und ſoll es entweder im Capital kürzen zu laſſen, oder dem Schuldner wieder zu erſtatten und zurückzugeben ſchuldig ſein“, und als Belege dafür werden angeführt, die L. 11. § 3. extr. D. de pigneratitia actione und Woſelſcher Abſcheid Anno 1595 Art. 7. Die hieher gehörenden Worte der L. 11. § 3. D. cit. lauten: „alia caussa est earum, quas quis supra licitum modum promisit: nam hae penitus illicitae sunt.“ Eine unmittelbare Feſtſetzung des erlaubten Zinsmaaßes enthalten dieſelben alſo nicht, wohl aber findet ſich eine ſolche in dem zweiten Citate, in dem genannten Woſelſchen Abſcheid [42]). Offenbar haben hier die Verfaſſer des Ritterrechts aus der gerade damals ſo vor-

41) Vgl. meinen in Note 37 angeführten Aufſatz. S. 288.
42) Vgl. Nota 39.

herrſchenden leidigen Sucht, Beſtimmungen des einheimiſchen Rechts mit Citaten aus dem Römiſchen Recht zu belegen, ſich hinreißen laſſen, woraus doch wahrlich ein unmittelbarer Einfluß des fremden Rechts nicht bewieſen werden kann. Iſt doch auch noch jetzt nicht ganz die Manie verſchwunden, einheimiſches Recht nur aus dem Römiſchen zu beurtheilen, ja nur dann es für wohlbegründet zu halten, wenn man ſeinen Urſprung auf Römiſches Recht zurückzuführen vermag.

Findet ſich nun im Eſthländiſchen Ritter- und Landrecht keine Spur der Römiſchen usurae legales, ſo noch weniger in der unmittelbar darauf folgenden Zeit. Aus Rieſenkampffs, für die Kenntniß der Eſthländiſchen älteren Praxis ſo wichtigen Marginalien zum Ritter- und Landrecht erſehen wir deutlich, daß die Schwediſchen Zinsplacate von 1666 und 1688 in Eſthland verbindliche Kraft erhalten: ſie werden in einem Protocoll von 1696 ratione usurarum zu Grunde gelegt [43]). Beſonders wichtig aber iſt, daß in einem ebendaſelbſt angeführten Urtheil von 1696 [44]) „Intereſſen von Budenwaaren" nicht zuerkannt worden ſind. Zwar könnte man dies allenfalls von Zinſen anderer fungibler Sachen, als Geld, verſtehen: natürlicher dürfte indeſſen die Erklärung ſein, darunter Zinſen des nicht bezahlten Kaufgeldes für entnommene Waaren zu verſtehen. So aufgefaßt, finden wir darin einen unzweideutigen Beweis dafür, daß man

43) Vgl. Rieſenkampffs Marginalien zum Eſthländiſchen Ritter- und Landrecht zu B. IV. Tit. 3. Art. 4. s. v. „Part."

44) Vgl. Rieſenkampff ebendaſ. zu B. IV. Tit. 3. Art. 2. s. v. „dieſelben mit Capital."

die nach Römiſchen Recht dem Käufer obliegende Verpflichtung, das rückſtändige Kaufgeld zu verzinſen, damals nicht anerkannt habe, wiewohl ſie von dem Verkäufer behauptet worden ſein mag.

Wie in der neueren Zeit die Eſthländiſche Praxis zu der hier behandelten Lehre ſich verhalte, vermag ich nicht anzugeben. Sollte ſie indeß von der älteren abweichen, ſo würde ſie mindeſtens den Vorwurf einer überwiegenden und vielleicht ungebührlichen Hinneigung zum Römiſchen Recht auf ſich laden, deſſen Studium leider ſo lange Zeit hindurch das, wie des deutſchen ſo des einheimiſch provinziellen Rechts in den Hintergrund gedrängt hat, bis in unſeren Tagen v. Bunge's verdienſtvolle Arbeiten ein neues und allgemeineres Intereſſe für das einheimiſche Recht angeregt haben. Möge es reichliche Früchte tragen und auch die Praxis anerkennen, daß es geziemender iſt Irrthümer aufzugeben, als auf ſie ſich ſtützend, das angeborene Recht verdunkelt und verunſtaltet werden zu laſſen.

Bayerische Staatsbibliothek München

W. Aumann
Buchbinderei
2 3. JULI 1999

Digitized by Google